Digitized by Google

382
L16

Digitized by Google

15 D 74

Digitized by Google

~~15 D/4.~~
382
L 16

Die Lehre vom Versuche der Verbrechen.

Von

Dr. H. A. Zachariä,
Professor der Rechte zu Göttingen.

Königliche Bibliothek in s'Hage.

Zweiter Theil.

Göttingen,
In der Dieterichschen Buchhandlung.
1839.

Digitized by Google

Digitized by Google

Einleitung.

Als der Verf. am Schlusse der Einleitung zum ersten Theile dieser Schrift das Versprechen ertheilte, daß die zweite Abtheilung so bald wie möglich folgen werde, glaubte er nicht, daß fast drei Jahre vor der Erfüllung dieser Zusage vorübergehen würden. Indessen hofft er, daß diese Verzögerung, welche in andern dringenden Arbeiten des Verf. ihren Grund hat, den Werth der Fortsetzung, (wenn sie einen solchen in Anspruch nehmen darf), um so weniger beeinträchtigen werde, als es dadurch möglich geworden ist, auf neuere, die Lehre vom Versuche der Verbrechen betreffende, mehr oder weniger umfassende, wissenschaftliche Arbeiten und legislative Erscheinungen die erforderliche Rücksicht zu nehmen. Zu jenen rechnet der Verf. vor Allen die fast gleichzeitig mit dem ersten Theile dieser Abhandlung erschienene rühmliche Arbeit von

D. Heinrich Luden, über den Versuch des Verbrechens nach gemeinem teutschen Rechte. Göttingen 1836. (auch mit dem allgemeinern Titel: Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte. Erster Band. Ueber den Versuch des Verbrechens u. s. w.) —

welche, so abweichend auch die Resultate derselben in mancher Beziehung von den Ansichten des Verf. zu seyn scheinen, doch auch in vielen Punkten zu einer überraschenden Uebereinstimmung geführt hat; z. B. hinsichtlich der Grundansichten des

römischen Rechts. Fast zu der nämlichen Zeit erschien auch der Aufsatz von

Hepp, über den gegenwärtigen Stand der Lehre vom versuchten Verbrechen mit Rücksicht auf den neuen Würtemberg. Strafentwurf, im Archiv des Criminalrs. Jahrg. 1836. S. 31 ff. 230 ff.

worin die wichtigsten, den Versuch des Verbrechens betreffenden Streitfragen in der gründlichen Weise des Verf. einer wiederholten Erörterung unterworfen werden, — und

Roßhirt, zwei criminalist. Abhandlungen. Heidelb. 1836

worin derselbe auch seine Ansicht über den Anfangspunkt der Strafbarkeit des Versuches und den erforderlichen Causalzusammenhang zwischen Mittel und Erfolg S. 128—134 in einigen aphoristischen Bemerkungen ausgesprochen hat.

So wenig daher von diesen Schriftstellern auf die Monographie des Verf. und die Ludensche Arbeit Rücksicht genommen werden konnte, ebenso wenig konnten sie in den Letztern in Bezug genommen werden. Dagegen ist jenes später geschehen in

Hepp's Abhandlung: Die Bestimmungen des römischen Rechts über den Hochverrath, im Archiv des Criminalrs. 1837 S. 353 ff.,

wobei insbesondere die Ansichten des römischen Rechts über den verbrecherischen Versuch in Betracht kamen.

Von einer, dem Verf. erst nach Erscheinung des ersten Theiles durch die Güte des Herrn den Tex in Amsterdam ihm zugekommenen, schon mehrere Jahre früher erschienenen, Dissertation von

Janus van der Veen, de conatu delinquendi, e quo ipsum delictum prorsus enasci nequit, ejusque poena. Groningae. 1832.

ist in den Gött. gel. Anzeig. 1837. St. 116. S. 1148 ff. ausführlichere Mittheilung gemacht worden. Dieselbe Frage behandelt die Abhandlung von

Dr. C. E. Pfotenhauer, der Einfluß des factischen Irrthums auf die Strafbarkeit versuchter Verbrechen. Leipzig 1838.

und eine Erörterung mehrerer Th. I. Kap. 4. (Von der Concurrenz versuchter und vollendeter Verbrechen) betrachteter Fragen, jedoch ohne Rücksichtnahme darauf, findet sich in der Abhandl. von

G. Geib, über den Einfluß des Irrthums in Bezug auf das Objectim Strafrechte. Archiv des Crr. 1837. S. 561 ff. 1838. S. 36 ff.

Besonders bestritten ist bekanntlich die Frage über den Versuch des Hochverraths. Die Ansichten des römischen Rechts hierüber erörtern die neuern Schriften:

Jul. Weiske, Hochverrath und Majestätsverbrechen, das crimen majestatis der Römer. Leipzig 1836 und J. H. Zirkler, die gemeinrechtl. Lehre vom Majestätsverbrechen und Hochverrath. Stuttgardt 1836.

Eine besondere, auch diese Schriften in Betracht ziehende Abhandlung über den Versuch des Hochverraths, welche als Zugabe zur Lehre vom Versuche betrachtet werden kann, hat der Verf. geliefert im

Archiv des Criminalrechts 1838. S. 221—248. S. 344 — 372 und S. 532—551 *).

Auch ist in dieser Beziehung noch aufmerksam zu machen auf die daselbst schon berücksichtigten Ausführungen in neuern Urtheilen und Gutachten und auf

1) Vergl. auch im Staatslexikon von Rotteck und Welker den Art. Hochverrath von Mittermaier.

Bauers Strafrechtsfälle Bd. II. S. 201 ff.

In so fern es der Gegenstand der Ausführung gestattete, ist auf diese neuern, der literärischen Einleitung des ersten Theiles nachträglich hinzuzufügenden, Schriften über die Lehre vom Versuche der Verbrechen in dem vorliegenden zweiten Theile die erforderliche Rücksicht genommen worden. Hinsichtlich der Behandlung des Stoffes ist der Verf. im Wesentlichen den im ersten Theile befolgten Grundsätzen getreu geblieben, ohne jedoch, insoweit es in seinen Kräften stand, die Wünsche und Ausstellungen unbeachtet zu lassen, welche bei der Beurtheilung des ersten Theiles, insbesondere von Mittermaier im Archive des Criminalrechts 1836. S. 484 ff. von Abegg in den Richterschen Jahrbüchern, Jahrg. 1837. Hft. I. S. 44 ff. von den Tex in den Bijdragen tot Regtsgeleerdheid en Wetgeving. 1836. S. 456 ff. und von dem Recensenten im Gersdorfschen Repertorium Bd. IX. Hft. 6. No. 1805 erhoben worden sind.

Einige Druckfehler, die sich in diesem 2ten Theile finden, wird der Leser leicht selbst verbessern. Unrichtig ist die Bemerkung auf S. 48, daß der Würtemberg. Entw. den Ausdruck „nicht beendigter" vermeide. Nur in den citirten Artikeln, wo man ihn hätte erwarten sollen, ist dieß der Fall. Später kömmt er allerdings vor. Bei Seite 64 hätte vorzüglich auf die Ausführung von Romagnosi Genesi del diritto penale §. 865 ff. (der Ludenschen Uebersetz.) Bezug genommen werden können. Auch ist die Paragraphen-Zahl auf S. 239 zu verbessern, indem anstatt §. 237 der §. 255, und anstatt §. 255 der §. 256 gesetzt werden muß.

Göttingen, den 1 Mai 1839.

Uebersicht

des Inhalts des zweiten Theils.

Fünftes Kapitel. Von den Eintheilungen, Graden, oder Stufen des Versuches. S. 1—49.

Einleitung. §. 150—151. I. Betrachtung des römischen Rechts. Dasselbe kennt keine Grade, oder Stufen des Versuches. §. 152. Ebenso wenig II. das germanische Recht. §. 153. — III. Die Glosse und die italiänischen Practiker. Aufstellung des Unterschiedes zwischen actus consilii und actus reales; actus verbi und actus facti; actus proximus und remotus. §. 154. Angelus, Bartolus, Baldus u. A. §. 155. Julius Clarus und Jac. Menochius. §. 156. Prosp. Farinacius §. 157. — IV. Die peinl. Gerichtsordnung und die spätere gemeinrechtliche Theorie und Praxis. §. 158—161. Ansichten der neuesten Criminalisten. §. 162. — V. Nähere Betrachtung der möglichen Grade oder Stufen des Versuches. Ueber den beendigten Versuch oder das s. g. delictum perfectum. §. 163. Zweckmäßigkeit dieser Unterscheidung und nähere Bestimmung des Begriffs. §. 164. Anwendung auf die s. g. Anstiftung zu Verbrechen. §. 165. Unhaltbarkeit einer weitern Unterscheidung in nächsten (nahen) und entfernten Versuch. §. 166. — VI. Die neuern Gesetzgebungen und Entwürfe; und zwar französisches Recht §. 167. Die Gesetzgebungen in Preußen, Oesterreich, Baiern und Sachsen. §. 168. Neuere Strafgesetz-Entwürfe. §. 169.

Sechstes Kapitel. Von der relativen Strafbarkeit des Versuches.

Erster Titel. Von der relativen Strafbarkeit des Versuches nach allgemeinen Gründen des Strafrechts und der Strafrechtspolitik. S. 50—87.

Einleitung §. 170. I. Beweis, daß der Versuch immer weniger strafbar als die Vollendung sey. §. 171. A. Rechtsgründe für die geringere Strafbarkeit des Versuches. Ableitung des Grundsatzes, daß der Versuch um so strafbarer sey, je näher der Verbrecher der Vollendung gekommen ist. §. 172. Wiederlegung gemachter Einwendungen. §. 173—174. B. Politische Gründe für die geringere Strafbarkeit des Versuches und für die Gradation der Strafe. §. 175. Insbesondere: Strafbarkeit des beendigten Versuches. (del. perfectum; delit manqué) Widerlegung der Ansicht, daß derselbe ebenso strafbar, wie das vollendete Verbrechen sey. §. 176—179.

II. Erörterung des Maaßstabes der Strafbarkeit, oder der Frage, in welchem Verhältnisse die Strafbarkeit des Versuches zu der des vollendeten Verbrechens stehe? und zwar A. in Beziehung auf den beendigten Versuch. Unzulässigkeit der gesetzlichen Bestimmung eines Maximums der Strafe. §. 180. B. Maaßstab für den nicht beendigten Versuch. §. 181. Auch hier ist es nicht räthlich ein Maximum der Strafe festzustellen. §. 182. — Besondere Fragen: 1. Relative Strafbarkeit des Versuches der Unterlassungs-Verbrechen. §. 183. 2. Relative Strafbarkeit der Anstiftung. §. 184. 3. Es giebt kein Verbrechen, bei welchem der Versuch ausnahmsweise ebenso hart wie die Vollendung gestraft werden müßte. §. 185.

Zweiter Titel. Relative Strafbarkeit des Versuches nach positivem Rechte.

Erste Abtheilung. Das römische Recht. . S. 88—129.
I. Allgemeine Grundsätze des römischen Rechtes über den Maaßstab der Strafbarkeit. Beweis, daß die Römer den eventus in der Regel bei Bestimmung der Strafe berücksichtigen. §. 186. Die L. II. D. de poenis und insbesondere die

L. 16. §. Eventus spectatur D. eod. §. 187. Erklärung der letztern Stelle und Widerlegung der Ansichten von Cropp u. A. §. 188—189. Die L. 1. §. 2. D. de extraord. crim. §. 190. II. Besondere Bestimmungen der Leges publicorum judiciorum. Die Gesetze des Dictators Sulla. Zusammenhang mit den Pompejischen und Julischen Gesetzen. §. 191. Unhaltbarkeit des Satzes, daß der Versuch aller publica crimina eben so hart, wie die Vollendung bestraft worden sey. §. 192. Widerlegung der Ansicht von Meister, daß Mordversuche nach neuerem römischen Rechte nicht mehr der Todesstrafe unterlegen hätten. §. 193. — Nähere Erörterung der Ansichten des römischen Rechts über die Strafbarkeit der Anstiftung und des Complottes. §. 194. Terminologien des römischen Rechts. §. 195. Kein Unterschied zwischen intellectuellem Urheber und Gehülfen. Erklärung der L. 11. §. 6. D. de injuriis. §. 196. Grundsatz, daß die Strafbarkeit der Anstiftung durch eine in den Gesetzen bedrohte Handlung des Thäters bedingt werde. §. 197. Beweis desselben hinsichtlich der privata delicta. §. 198. Extraordinaria crimina und publica judicia. §. 199. Insbesondere: Bestimmungen der Lex Cornelia de sicariis, de falsis und anderer Gesetze. §. 200. Ausnahme in der Lex Julia majestatis. §. 201. — Bestimmungen über die Strafbarkeit des Complottes. §. 202.

Zweite Abtheilung. Das germanische Recht und die Praxis des Mittelalters. . . . . S. 129—152.

I. Das ältere germanische Recht. Einzelne Bestimmungen desselben. §. 203—204. Es bildet die Grundlage für die s. g. generalis consuetudo der spätern Zeit, und die Statute italiänischer Städte. Ausnahmsweise Strenge der Mailändischen Statute. §. 205.

II. Die Glosse und die italiänischen Practiker; namentlich Gandinus, Jac. de Belvisio, der Speculator u. A. Einfluß ihrer Lehren auf das canonische Recht. Insbesondere das Cap. 1. de homic. in VIto. §. 206. Prinzipien der Praxis des 13 und 14 Jahrhunderts über den Maaßstab der Strafbarkeit des Versuches. §. 207. Spätere Schriftsteller: Aeg. Bossius. §. 208. Jul. Clarus. §. 209.

Jac. Menochius. §. 210. Prosp. Farinacius. §. 211.

Dritte Abtheilung. Die peinl. Gerichtsordnung und die spätere gemeine deutsche Praxis. . S. 152—186.

Einleitung. Bestimmungen der P. G. O. im Art. 178 und andern Artikeln, die Strafbarkeit der unterstandenen Missethat betreffend. §. 212. Nähere Entwickelung des Sinnes und der Bedeutung des Art. 178 der P. G. O. Anerkennung der Regel, daß die unterstandene Missethat weniger strafbar als die vollbrachte sey. Ob der Art. 130 der P. G. O. eine Ausnahme enthalte? §. 213. Gültigkeit des Prinzipes für jede Art des Versuches. §. 214. Ob die P. G. O. die verschiedene Strafbarkeit der verschiedenen Grade oder Stufen des Versuches anerkenne? Widerlegung der Ansicht von Luden. §. 215—217. Die spätere Doctrin: Gobler und Remus. §. 218. Damhouder. §. 219. Perneder, König und Rauchdorn. §. 220. Nic. Vigelius und Emerich von Rosbach. §. 221. Carpzov. §. 222—223. Blumblacher. §. 224. Kreß, Böhmer, Granz und die spätern Criminalisten. §. 225—226.

Vierte Abtheilung. Die ältern deutschen Particular-Rechte bis zur Mitte des achtzehnten Jahrhunderts. . . . . S. 187—204.

Einleitung über das Verhältniß der Landesordnungen zur P. G. O. §. 227—228. Das ältere sächsische Recht. §. 229. Das Landrecht des Herzogth. Preußen. §. 230. Tyroler Landesordnung. §. 231. Hadelsches Landrecht und Bayerischer Malefiz-Proceß. §. 232. Pfälzische Landrechte und L. G. Ordnung in Oesterreich unter der Ens. §. 233. Land- und peinl. G. O. des Fürstenthums Steyer. §. 234.

Fünfte Abtheilung. Bestimmungen der neuern Gesetzgebungen seit der Mitte des achtzehnten Jahrhunderts. . . . . S. 204—229.

Einleitung. §. 235. Der Codex jur. bavar. criminalis. §. 236. Die Const. crim. Theresiana. §. 237. Das Preußische Landrecht. §. 238. Die Oesterreich. Gesetzbücher von Joseph II. und Franz II. §. 239. Das Baier. Strafgesetzbuch von 1813. §. 240. Das

neue Sächsische Criminal-Gesetzbuch. §. 241. Die neueren deutschen Entwürfe: Hannoverscher Entwurf. §. 242. Entwurf für Würtemberg. §. 243. Für Baden. §. 244. Für Norwegen. §. 245. — Das Französische Recht. §. 246. Andere ausländische Legislationen. §. 248.

Siebentes Kapitel. Von der Aufhebung der Strafbarkeit des Versuches.

Erster Titel. Allgemeine Betrachtungen. S. 230—269.

Einleitung. §. 249. I. Verschiedene Gründe der unterbliebenen Vollendung des Verbrechens. Nichtwollen und Nichtkönnen. Verschiedene Ursachen davon. §. 250. Unterschied zwischen dem Aufgeben des verbrecherischen Willens und dem Aufschieben der Ausführung. §. 251. Nähere Betrachtung der Fälle des Nichtkönnens. §. 252—254.

II. Ueber die Strafbarkeit des Versuches, wenn die Vollendung vermöge eigner Willensänderung des Thäters unterblieb. §. 255. Rechtfertigung der Straflosigkeit aus allgemeinen Gründen des Strafrechts. §. 256. Blick auf die verschiedenen Strafrechtstheorien. §. 257. Kleinschrod's Gegengründe §. 258. — Gründe der Criminalpolitik für die Straflosigkeit. §. 259.

III. Erörterung einzelner Fragen. §. 260. A. Ob etwas auf das Motiv der unterlassenen Vollendung ankomme? §. 261. Ueber die, durch ein zufälliges Ereigniß beim Thäter entstandene Furcht augenblicklicher Entdeckung. §. 262. — B. Ob die Straflosigkeit bei allen Arten des Versuches eintreten könne? §. 263. Bedingungen für die Straflosigkeit des beendigten Versuches. Reue bei consummirtem Verbrechen. §. 264.— C. Ob für das freiwillige Abstehen die Vermuthung streite? und wie sich die Willensänderung gezeigt haben müsse? §. 265. 266. — D. Anwendung der Grundsätze auf die Anstiftung zu Verbrechen und das Complott. §. 267—269.

Zweiter Titel. Das gemeine positive Recht. S. 270—305.

I. Das römische Recht. Widerlegung der gewöhnlichen Ansicht, daß das römische Recht die Regel aufstelle, der Thäter werde straflos,

wenn er freiwillig die Vollendung unterließ. Erklärung der L. 19. pr. D. ad L. Corn. de fals. §. 269. Erörterung anderer, für jene Regel angeführter Stellen. §. 270. 271. Grundsätze des römischen Rechts über den Einfluß der Willensänderung. §. 272. 273.

II. Die Glosse und italiänischen Practiker. Die Glosse findet jene Regel im römischen Recht begründet und ihr folgen die spätern italiänischen Juristen Gandinus, Bartolus, Baldus u. A. Darstellung des Jul. Clarus u. Jacobus Menochius. §. 274. Prosp. Farinacius. §. 275. Die Mailändischen Statute. §. 276.

III. Die peinl. Gerichtsordnung Kaisers Karl V. und die spätere gemeinrechtliche Doctrin und Praxis. Erklärung der hierher gehörigen Disposition des Art. 178. §. 277. Daraus abgeleitete Folgerungen. §. 278. Gobler, Remus und die dogmatischen Bearbeitungen des 16ten Jahrhunderts. §. 279. Carpzov's Ansichten. §. 280. Ausführlichere Darstellung der Sache in Granz Defensio inquisitorum. §. 281. Kreß, Joh. Sam. Fried. v. Böhmer und die neueren Criminalisten. §. 282.

Dritter Titel. Die deutschen Particularrechte und neuern Legislationen. S. 306—322.

I. Die älteren deutschen Particularrechte. Allgemeine Betrachtung derselben. Bestimmungen des älteren sächsischen Rechtes. §. 283.

II. Die deutschen Gesetzgebungen des vorigen Jahrhunderts. Bestimmungen des Codex jur. bavarici crim., der Constit. crim. Theresiana, des allgem. Gesetzbuchs Joseph II. und des Preußischen Landrechts. §. 284.

III. Die neuesten deutschen Gesetzgebungen, insbesondere: das Oesterreich. Gesetzbuch v. 1803. §. 285. Das Baierische Strafgesetzbuch. §. 286. Das neue Sächsische Criminal-Gesetzbuch. §. 287. Das Würtemberg. Strafgesetzbuch und die Entwürfe für Hannover und Baden. (Auch Entwurf für Norwegen.) §. 288. IV. Die ausländischen Legislationen. §. 289.

Zweiter Theil.

Digitized by Google

Digitized by Google

Fünftes Kapitel.

Von den Eintheilungen, Graden oder Stufen des Versuches.

§. 150.

Einleitung.

Das Fortschreiten der verbrecherischen Thätigkeit von dem Augenblicke an, wo der Entschluß zur Verübung eines bestimmten Verbrechens zur That geworden, d. h. in eine äußerlich erkennbare und auf Begehung des Verbrechens gerichtete Handlung übergegangen ist [1]), bis zur Vollendung des Verbrechens kann, insofern wir jedes Moment des verbrecherischen Handelns für sich ins Auge fassen, in eine der Zahl nach nicht bestimmbare, bald grö-

1) Dies ist das eigentliche Gebiet des Versuches in seiner weitesten Ausdehnung. Romagnosi Genesi del diritto penale. Pavia. 1791. §. 610. Hierdurch wird also, wie schon früher (vergl. Oben Th. I. §. 98 f. 103 ff.) gezeigt wurde, nicht blos der Gedanke, Wille und Entschluß, sondern auch das Aussprechen dieses Entschlusses, mag es sich selbst zur Drohung gestaltet haben, ganz von dem Gebiete des Versuches ausgeschlossen. Sie können daher auch nicht als die erste Stufe des Versuches betrachtet werden, und keine Eintheilung desselben darf sie mit umfassen. Schon ältere Schriftsteller stellen daher ganz richtig voluntas, propositum, conatus und consummatio nebeneinander. Tenzelius de poena crim. imperfecti. Erford. 1730. §. 6. Ueber die Bedeutung der Stellen des römischen Rechtes, in welchen von Bestrafung der voluntas sceleris, des affectus, der nuda cogitatio u. s. w. die Rede ist, s. Oben Th. I. S. 187.

ßere bald kleinere Menge einzelner Acte zerlegt werden, deren Sonderung aber freilich, wenn keine Unterbrechung erfolgte, insofern unzulässig ist, als die ganze verbrecherische Thätigkeit bis zu dem Augenblicke, wo sie beendigt wurde, in ihrer Totalität aufgefaßt und nur als eine Handlung betrachtet werden muß. Denn sowie der Begriff der Vollendung den des Versuches verschlingt[1]), so ist auch der letzte Moment der sich noch im Bereiche des Versuches bewegenden verbrecherischen Thätigkeit mit den vorausgegangenen Acten in juristischer Einheit aufzufassen, und es entsteht dann nur die Frage, wie weit die Ausführung des Verbrechens im Augenblicke der Unterbrechung gediehen, oder wie weit der Verbrecher noch von der Vollendung des Verbrechens entfernt gewesen sey? Man wird also jedenfalls von der Vollendung näheren oder entfernteren Versuchen reden können[2]).

Nehmen wir nun an, daß die Gesetze, wie es wohl die Natur der Sache mit sich bringen dürfte, den Versuch auf eine niedrigere Stufe der Strafbarkeit als die Vollendung stellen, und die Strafe des Versuches wieder nach der größeren oder geringeren Entfernung desselben von der Vollendung bestimmen, so wird die Unterscheidung von verschiedenen Stufen oder Graden des Versuches in juristischer Hinsicht von großer Bedeutung, und es fragt sich dann, ob man, um dem Richter die Würdigung der höheren oder minderen Strafbarkeit zu erleichtern und ihm

1) Vergl. Oben Th. I. §. 32.

2) Romagnosi l. c. §. 654. „Per quella medesima ragione, per cui si distinguono delle cagioni prossime, e delle cagioni rimote, debbonsi del pari distinguere de' tentativi criminosi prossimi, e de' remoti. Eglino desumono o l'una o l'altra denominazione dalla maggiore o minore distanza, nella quale gli atti essecutivi, a' quali essi si arrestano, rittrovansi dalla consumazione del delitto."

Anhaltspunkte bei der Beurtheilung derselben zu gewähren, mit gewissen durchgreifenden Merkmalen bestimmte Stufen oder Grade des Versuches im Allgemeinen unterscheiden könne, und ob es für den Gesetzgeber rathsam sey, dergleichen Unterscheidungen gesetzlich zu sanctioniren? Anders stellt sich die Sache bei einer Gesetzgebung, welche gar keine Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung kennt, oder den Versuch, insoweit sie denselben überhaupt für strafbar erklärt, dem vollendeten Verbrechen an Strafbarkeit gleichstellt. Bei einer solchen Gesetzgebung wird man die Aufstellung von Graden oder Stufen des Versuches als etwas ganz Müssiges oder Irrelevantes betrachten können.

§. 151.

Am gewöhnlichsten sind bis jetzt drei Grade oder Stufen des Versuches unterschieden worden, deren allmählige Entwickelung in der Theorie des gemeinen Rechts zwar erst weiter Unten folgen kann, die aber doch vorläufig schon hier anzudeuten sind, weil ihre Kenntniß zum Verständnisse jener Entwickelung selbst erforderlich ist. — Die meisten neuern Criminalisten unterscheiden nämlich drei Hauptgrade des Versuches [1]: 1. die geendigte Unternehmung, delictum perfectum, (auch nächster Versuch, conatus proximus von Einigen genannt), worunter man den Fall versteht, wenn alle zur Hervorbringung einer gesetzwidrigen Wirkung erforderlichen Handlungen geschehen sind, ohne daß jedoch der beabsichtigte Erfolg wirklich entstand; 2. das angefangene Verbrechen, den nächsten Versuch, (oder von Denjenigen, welche diese Bezeichnung für den ersten Grad gebrauchen, der nahe Ver-

1) Wir geben die Bestimmung dieser Hauptgrade nach Feuerbach Lehrb. des peinl. Rs. §. 43. Die abweichenden Ansichten Anderer, namentlich, insofern sie sich auf die Zahl der Stufen oder Grade beziehen, werden erst weiter Unten ihre Erwähnung finden.

such, conatus propior genannt), wenn der Verbrecher schon die Haupthandlung, d. i. diejenige Handlung angefangen hatte, deren Endigung den gesetzwidrigen Erfolg hervorbringen konnte und sollte, und 3. das vorbereitete Verbrechen, den entfernten Versuch, wenn der Thäter bei Handlungen stehen geblieben ist, durch welche die Haupthandlung, oder der Act der Vollendung vorbereitet werden sollte. — Dieses vorausgeschickt, ist nun zunächst die Frage zu beantworten, ob diese oder eine andere Eintheilung des Versuches in verschiedene, durch bestimmte Merkmale bezeichnete, Grade in den Quellen unseres gemeinen Rechtes wirklich begründet sey? [1])

§. 152.

I. Das römische Recht.

Das römische Recht gehört, was die Bestrafung des Versuches betrifft, zu denjenigen Gesetzgebungen, welche keine allgemeine Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung anerkennen, und es giebt, wie schon ausführlich gezeigt worden ist, im römischen Rechte kein den Versuch überhaupt bedrohendes Strafgesetz [2]). Nimmt man nun dazu, daß die römischen Gesetze da, wo sie Handlungen mit Strafe bedrohen, die nach unseren Begriffen Versuche eines bestimmten Verbrechens sind, sie meistens mit der nämlichen Strafe wie das vollendete Verbrechen im heutigen Sinne belegen, wovon die nähere Ausführung erst weiter Unten

1) Vergl. überhaupt: Mittermaier im N. Archiv Bd. IV. S. 12 ff. Lelièvre, de conatu delinq. p. 15 seq. Luden, über den Versuch des Verbrechens. Gött. 1836. S. 45 ff.

2) Vergl. Oben Th. I. §. 64 ff. Hiermit stimmt auch die Ausführung von Luden, über den Versuch des Verbrechens S. 9 ff. überein. Vergl. auch Pfotenhauer, der Einfluß des factischen Irrthums auf die Strafbarkeit versuchter Verbrechen. Leipz. 1838. S. 127 ff.

folgen kann[1]), so leuchtet ein, daß es für die Römer von gar keinem Interesse seyn konnte, Grade oder Stufen des Versuches zu unterscheiden. Allerdings finden wir, daß das römische Recht in einigen Fällen, wie wir sagen, schon entfernte Versuchshandlungen, oder Vorbereitungen zum Verbrechen der gesetzlichen Strafe unterwirft[2]), wäh-

1) S. Kap. VI. Tit. 2. Abth. 1.

2) Es bedarf hier blos einer Beziehung auf die schon Th. I. §. 115 namhaft gemachten Fälle und einer Vergleichung der daselbst angeführten Gesetzesstellen. Daraus mit Hepp, über den gegenw. Stand der Lehre vom versuchten Verbr. im Archiv N. Folge. 1836. S. 240 f. die allgemeine Regel zu bilden, das römische Recht bestrafe, wenigstens bei den criminib. ordinariis auch die Vorbereitungshandlungen, und dieß wieder als Beweis für die heutige Strafbarkeit des s. g. conatus remotus zu betrachten, ist jedoch ganz unzulässig. Anderer Seits geht aber auch Luden a. a. O. S. 267 ff. zu weit, wenn er die allgemeine Regel aufstellt, „eine Handlung werde im römischen Rechte stets nur dann als Versuch betrachtet, wenn sich der Verbrecher durch dieselbe in die Lage versetzt hatte, das Verbrechen ohne neue Vorbereitungen und weitere Unterbrechungen vollenden zu können," und die obigen Fälle theils noch gar nicht als strafbar betrachtet, z. B. die bloße Zubereitung, Anschaffung und den Besitz von Gift in mörderischer Absicht, weshalb er auch die L. 1. in fin. D. ad L. Pomp. de parricid. (XLVIII. 9.) ebenso, wie Mittermaier versteht, (S. Oben Th. I. S. 220.) theils dieselben in das Gebiet der Ausführung in dem von ihm festgestellten Sinne hineinzieht, wie das cum telo ambulare hominis necandi causa. S. insbesondere die den Versuch der Tödtung betreffende Ausführung von Luden S. 88-119. Allein abgesehen davon, daß es bedenklich erscheint, auch nur insoweit von einem allgemeinen Grundsatze des römischen Rechts über die Bestrafung des Versuches zu reden, kann man auch die im Uebrigen recht scharfsinnige Interpretation der einzelnen Bestimmungen der Lex Cornelia nicht als richtig anerkennen. Die von der L. 1 in fin. cit. gegebene Erklärung ist und bleibt eine sehr künstliche, und es ist nicht abzusehen, was die Lex Cornelia mit den Worten: „qui venenum malum hominis necandi causa fecit fecerit, vendidit

rend die letztere in anderen Fällen erst an die weiter fortgeschrittene verbrecherische Thätigkeit geknüpft ist[1]), was die Veranlassung zu dem Bestreben gebildet hat, die Eintheilung des Versuches in conatus proximus und remotus aus dem römischen Rechte zu begründen. Namentlich hat Cropp[2]) nachweisen wollen, daß jene Stufen des Versuches wenigstens materiell darin enthalten seyen. Nach römischem Rechte, sagt Cropp, müßten drei Fälle unterschieden werden, nämlich: 1. diejenigen Verbrechen, bei welchen die blose voluntas sceleris genüge, und bei welchen natürlich auch der entfernteste Versuch gestraft, oder bei welchen auf die Stufe des Versuches keine Rücksicht genommen werde[3]); 2. Verbrechen, bei welchen nur der co-

vendiderit, emit emerit, habuit habuerit, dedit dederit" hätte sagen wollen, wenn die Anklage nur auf das wirkliche Darreichen des Giftes hätte gestützt werden können. Die Darstellung der Sache, wie sie Cicero in der Rede pro Cluentio giebt, welche Luden gar nicht berücksichtigt hat, (vergl. Oben Th. I. S. 111. 114.) scheint mir auf das Ueberzeugendste gegen Luden zu sprechen. Bei einer Beachtung der Rede pro Cluentio würde Luden auch nicht S. 118 zum Beweise seiner Ansicht haben sagen können: „Aber doch steht nicht (??) in der Lex Cornelia, daß nach ihr gestraft werden solle, qui hominis necandi causa venenum emerit. Ich glaube auf keinen Fall, daß das eine zufällige Auslassung sey." Gegen die von Luden adoptirte Erklärung der L. 1. in f. D. ad L. Pomp. de parric. s. auch Damhouder Prax. rer. criminal. Cap. LXXXVII. Matthaeus de criminib. Lib. XLVIII. tit. 5. n. 3. tit. 6. cap. 1. u. 7. Cropp, de Praecept. jur. Rom. circ. pun. conat. Sect. II. p. 80. Lelièvre de conat. delinq. p. 107. 108.

1) z. B. in der Lex Julia de adulteriis, Lex Cornelia de fals. Vergl. Oben Th. I. S. 121 ff. Lex Fabia de plagiariis Luden a. a. O. S. 142. Beim Incendium nach der L. Cornelia de sicar. S. Oben Th. I. S. 115.

2) Cropp de praecept. juris Romau. circ. pun. con. Sect. I. tit. 3. Beistimmend ist Lelièvre de conatu delinq. p. 38 seq.

3) Citirt werden dafür von Cropp: L. 1. pr. §. 2. D. de ex-

natus proximus [1]), und 3. solche, bei welchen nur der Erfolg oder die Vollendung bestraft werde[2]). Allein[3]) abgesehen davon, daß die Behauptung, das römische Recht strafe in gewissen Fällen die blose voluntas sceleris, oder enthalte Ausnahmen von der Regel, cogitationis poenam nemo patitur, jedenfalls unrichtig ist[4]), wird durch eine solche Uebertragung neuerer Terminologien auf eine Gesetzgebung, welche gar keinen Unterschied zwischen Versuch und Vollendung kennt, nicht nur Nichts gewonnen[5]), sondern auch die Stellung der Sache auf eine leicht zu Mißverständnissen führende Weise verrückt. Wichtig bleibt es dagegen immer noch auch für das heutige Recht, zu wissen, wie

traord. crim. (XLVII. 11.), worin von den Sollicitatores alienarum nuptiarum die Rede ist, welche propter voluntatem perniciosae libidinis gestraft werden sollen, und von der Verführung von Knaben und Mädchen zur Unzucht. Ferner L. 1. pr. L. 7. 14. D. ad Leg. Corn. de sicar. (XLVIII. 8.), welche den Satz enthalten: In Lege Cornelia dolus pro facto accipitur. L. 1. in fin. D. ad L. Pomp. de parric. (XLVIII. 9.) „Et praeterea, qui emit venenum, ut patri daret, quamvis non potuerit dare." L. 6. pr. Cod. de his qui ad eccles. confug. (I. 12.) L. 5. pr. Cod. ad L. Jul. majest. (IX. 8.)

1) Dieses soll beweisen L. 20. Cod. de furtis (VI. 2.) oder §. 8. Instit. de obl. ex delict. (IV. 1.), wo verlangt werde, daß der Delinquent den Besitz der Sache erlangt habe, verglichen mit L. 21. §. 7. D. de furt. (XLVII. 2.), wonach Derjenige noch nicht fur ist, qui furti faciendi causa conclave intravit, gegen den ja aber doch die injuriarum actio Statt findet!

2) L. 1. in fin. D. Quod quisque juris. (II. 2.) L. 11. D. de in jus voc. (II. 4.) L. 5. §. 2. D. Ne quis eum (II. 7.) L. 3. D. de his qui notant. (III. 2.) L. 8. Cod. de his quib. ut indign. (VIII. 35.).

3) S. über die Bedeutung der in der vorigen Note 3. citirten Stellen Oben Th. I. S. 151. S. 113. S. 132. S. 119. Ueber die Note 1. s. Th. I. S. 140. 144. 154. Ueber die Note 2. s. Th. I. S. 142.

4) S. Oben Th. I. S. 185 ff.

5) Vergl. Luden a. a. O. S. 268.

weit das römische Recht Handlungen, die wir jetzt als Versuche eines bestimmten Verbrechens aufzufassen haben, einer Bestrafung unterwirft [1]), indem dadurch namentlich der aus dem Geiste des positiven Rechts abzuleitende allgemeine Grundsatz über den Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen, auch in der heutigen Anwendung modificirt werden kann.

§. 153.

II. Das ältere germanische Recht.

Das ältere germanische Recht bestraft allerdings, wie schon Oben gezeigt wurde [2]), in einigen Fällen Handlungen, welche wir als Versuchshandlungen betrachten, wegen des zu Grunde liegenden Dolus, ohne, wie es Regel ist, den Eintritt des bezweckten Erfolges zu verlangen. Allein der Fälle sind viel weniger als im römischen Rechte, zuweilen läßt sich nur durch künstliche Interpretation und Verbindung verschiedener Stellen ein immer noch zweifelhaftes Resultat gewinnen [3]), und jedenfalls steht soviel fest, daß das germanische Recht keinen formellen Unterschied zwischen

1) S. hierüber Oben Th. I. S. 219. u. Unten §. 191 ff.

2) S. Th. I. S. 164-171, und noch ausführlicher Luden a. a. O. 302 ff.

3) Zu den unzweifelhaften Bestimmungen über Bestrafung des Versuches der Tödtung durch Verwundung (im Gegensatze zur Vergiftung) gehört auch die mir früher entgangene Verordnung der Lex Visigothor. Lib. VI. tit. 4. §. 8, welche zwar zur Strafbarkeit des Versuches eine Verwundung verlangt, dann aber die Handlung selbst und die Verletzung jede einer besonderen Buße unterwirft. „— et si evaserit vulneratus, pro sola praesumtione det (sc. percussor) ei solidos XX. — et extra hoc compositionem vulneris implere cogatur." Luden a. a. O. S. 329. Dagegen hat Luden Capitul. Carol. M. VII. c. 212. übersehen, (Oben Th. I. S. 167.) welche die aus Capit. VI. c. 5. versuchte künstliche Beweisführung (Luden S. 331.) überflüssig macht.

Versuch und Vollendung kannte. Schon hieraus folgt, daß an die Feststellung allgemeiner Stufen oder Grade des Versuches nicht gedacht werden konnte, die sich aber auch nicht einmal in materieller Hinsicht in den verschiedenen Bestimmungen der germanischen Rechte erkennen lassen, indem die einzelnen, Versuchshandlungen im neuern Sinne bedrohenden, Gesetze in der Regel nur von einer, unmittelbar auf Hervorbringung des Verbrechens gerichteten, und dasselbe von Seiten des Thäters vollziehenden Thätigkeit verstanden werden können, mit alleiniger Ausnahme der Verschwörungen gegen Thron oder Leben des Königs[1]). Lag aber eine Handlung der bezeichneten Art, welche wir heutiges Tages durch „nächsten Versuch" oder vielleicht durch crimen perfectum bezeichnen würden, vor, so konnte nicht die verschiedene Stufe derselben, sondern nur die Beschaffenheit der dadurch herbeigeführten materiellen Verletzung von Einfluß auf die Größe der verwirkten Buße seyn. Doch wird wenigstens in einem Falle, nämlich beim Verbrechen der Nothzucht, die mehr oder weniger fortgeschrittene verbrecherische Thätigkeit beachtet[2]).

1) Die Beweise liegen Oben Th. I. in den Noten zu §. 91. Eine Abweichung zeigt sich übrigens darin, daß einige Gesetze, die insofern auf einer höhern Stufe der Ausbildung stehen, Versuchshandlungen beim Verbrechen der Tödtung ohne Rücksicht auf den Erfolg einer Buße unterwerfen, wie die Salischen, Burgundischen und Longobardischen Gesetze, während die übrigen eine Körperverletzung oder Gesundheitsbeschädigung selbst bei der Vergiftung verlangen, oder nur die Größe der materiellen Verletzung, ohne Rücksicht auf tödtliche Absicht ins Auge fassen. Luden a. a. O. S. 322.

2) Lex Alaman. Tit. 58. „Si qua libera foemina virgo vadit in itinere suo inter duas villas et obviavit eam aliquis et per raptum denudat caput ejus, cum sex solidis componat. Et si ejus vestimenta levaverit ut usque ad genicula denudet, cum sex solidis componat. Et si eam denudaverit, ut genitalia ejus appareant vel posteriora, cum duo-

§. 154.

III. Die Glosse und die italiänischen Practiker.

Die Ansichten der Glosse über die Frage, ob und in wieweit eine Bestrafung des versuchten Verbrechens zulässig sey, kennen wir schon[1]). Sie unterscheidet die regelmäßig ganz straflose nuda cogitatio von dem ad actum procedere[2]) oder pervenire, macht aber hinsichtlich dieses letzteren nur einen Unterschied zwischen dem vollendeten und dem noch nicht vollendeten Verbrechen, (aut perduxit ad effectum, aut non perduxit), ohne bestimmte Stufen des Versuches nach dem Grade der verbrecherischen Thätigkeit zu unterscheiden[3]). Dasselbe gilt von der Darstellung

decim solidis componat. Si autem cum ea fornicaverit contra ejus voluntatem, componat solidos quadraginta." Indessen ist freilich nicht unbeachtet zu lassen, daß das Gesetz bei den ersten der bezeichneten Stufen bis zu den Worten si autem blos die äußere Erscheinung der That berücksichtigt, so daß also diese Handlungen nicht blos dann, wenn sie nach unsern Begriffen unter den Gesichtspunkt eines Versuches der Nothzucht fallen, sondern auch als Realinjurie oder unzüchtige Gewaltthätigkeit, der gesetzlichen Composition unterlagen.

1) S. Oben Th. I. §. 56. und Luden a. a. O. S. 402 ff.

2) Offenbar liegt dieser häufiger wiederkehrenden Terminologie der Glosse und späterer Schriftsteller der Ausdruck der L. 225. Dig. de V. S. „oportere eadem haec crimina assumpto actu intelligi" zu Grunde.

3) Zwar behauptet Luden S. 418 gegen Roßhirt Entwick. der Grundsätze S. 323 und gegen Wächter Lehrb. des Strafr. Th. I. §. 85. Not. 69. S. 142, die Glosse unterscheide schon ad L. 65. (67.) Dig. de furtis das delictum perfectum, in dem später damit verbundenen Sinne, von dem delictum consummatum, indem sie sagt: „Si processum est ad actum, si quidem consummatum est et perfectum non potest postea poenitere, ut evitet poenam; si autem ad actum non consummatum nec perfectum, si quidem quia noluit sed potuit, licet poenitere." Actus consummatus und actus perfectus sey also hier zweierlei. Ich glaube aber nicht, daß diese Erklärung

des Albertus Gandinus[1]), und des Jacobus de Belvisio[2]). Sie stellen cogitare, agere und perficere nebeneinander und zergliedern die hier möglichen Fälle, bei einer Zusammenstellung des Einen mit oder ohne die beiden Anderen, ohne hinsichtlich des Falles: si quis cogitavit et egit sed non perfecit einer verschiedenen Stufe des Handelns zu gedenken. Indessen macht doch der mit Gandinus gleichzeitige Jacobus de Belvisio, ohne Zweifel mit Rücksicht auf die Glosse[3]), einen Unterschied zwischen actus consilii und actus reales[4]), wie es scheint, um die der Regel von der Straflosigkeit der nuda cogitatio scheinbar widersprechende L. 1. in fin. D. de extraordinar. crim. zu erklären, und anzudeuten, daß auch das

die richtige sey. Die Glosse gebraucht offenbar perducere ad effectum oder perficere für die Vollendung und würde, wenn perficere weniger seyn sollte, als consummare, das Erstere dem Letzteren gewiß vorangestellt haben.

1) S. Oben Th. I. §. 57. Luden a. a. O. S. 403 ff.

2) Oben Th. I. §. 58.

3) Die Glosse, ausgehend von der Regel, daß der Versuch nur dann strafbar sey, wenn der Verbrecher ad aliquem actum gekommen sey, wirft nämlich in Beziehung auf die Sollicitatores alienarum nuptiarum ad L. 1. D. de extraord. crimen. die Frage auf: Sed an hic pervenerunt ad aliquem actum? mit der Antwort: Allerdings! „ut ad colloquium vel basia, quae sunt praecedentia Veneris. Als verschiedene Stufen der verbrecherischen Thätigkeit bei Unzuchtsverbrechen nennt sie ad L. 13. D. de adult. (XLVIII. 5.) in einem Hexameter: Visus et alloquium, tactus, post oscula, factum. Vergl. auch L. 9. §. 2. D. eod. Ausdrücklich unterscheidet aber die Glosse noch nicht zwischen actus verbi und actus facti.

4) Dieser Unterschied zwischen wörtlichen und thätlichen Versuchshandlungen wird von spätern Juristen, z. B. von Baldus, unter den etwas veränderten Ausdrücken: actus verbi und actus facti, wiederholt.

consilium delinquendi als strafbare Versuchshandlung zu betrachten sey [1]).

§. 155.

Auch wird in den Werken späterer Schriftsteller entweder ausdrücklich zwischen actus remotus und proximus unterschieden, oder es wird durch die Aufstellung einer höchsten Stufe des Conates auch die Möglichkeit von anderen Vergleichungsgraden stillschweigend zugegeben, auch wohl diese Unterscheidung mit der vorhin erwähnten Eintheilung in actus consilii und actus reales verbunden, und zwar immer zu dem Zwecke, um die aus dem römischen Rechte abgeleitete, aber dem Gewohnheits- oder statutarischen Rechte ihrer Zeit [2]) nicht entsprechende Regel, daß der Versuch der atrociora crimina ebenso hart, wie die Vollendung gestraft werde, einer Beschränkung zu unterwerfen. Ausdrücklich erwähnt z. B. nur den actus proximus Angelus Aretinus [3]), indem er sagt: „Sed advertas nec erres, quod is qui cum gladio devenit ad actum proximum animo occidendi, licet non occiderit, tenetur de sicar. ac si interfecisset, wobei er sich auf die bekannte

1) Jacob. de Belvisio Pract. crim. Lib. III. c. 26. „Qua ergo poena punitur? Distingue, quod aut processit ad actum realem vel ad actum consilii tantum. Si ad actum consilii tantum, tunc punitur poena extraordinaria, ut D. de extraord. crim. L. 1. in fin. et quod in publicis delictis solum consilium dans puniatur, probatur D. de falsis L. 1. §. 1. et ad L. Jul. de vi publ. L. ex Senatu; — aut processit ad actum realem et tunc punitur poena ordinaria illius criminis; ut D. de extraord. crim. L. 1. in fin."

2) Die Meisten berufen sich auf eine consuetudo Italiae oder totius mundi; Bartolus dagegen ad L. 1. §. 3. D. 48, 8. und L. 7 Cod. IX. 16. will diese Abweichung blos auf die italiänischen Statute gründen, die ja aber eben aus der herrschenden Rechtsansicht hervorgegangen sind.

3) S. dessen Tractat. maleficiorum in der Ausg. Venet. 1484 fol. 60.

Bestimmung der Lex Cornelia de sicariis beruft, „qui cum telo ambulaverit hominis necandi causa." Eine viel genauere Unterscheidung macht dagegen Baldus ad L. 5. Cod. de episc. et cler. (I. 3.), wo er in Beziehung auf die graviora delicta sagt: „— aut deventum est ad actum verbi et non punior tanquam pro consummato, sed extra ordinem i. e. minori poena, aut processi ad actum facti; tunc, si quidem ad proximum et immediatum, et punior pro delicto consummato; si vero ad remotum, minus punior quam si consummassem. Hiermit ist aber noch eine andere beachtungswerthe Aeußerung von Baldus ad L. 11. Cod. IX. 1. zu verbinden[1]), worin er sich zugleich über den Anfangspunkt des strafbaren Versuches ausspricht: „Inchoatur autem delictum", sagt Baldus, „statim quod conatus transit in alium i. e. in contumeliam alterius, et non ante, licet finales effectus non sequatur; et hoc potest contingere dupliciter: primo per actum remotum a principali delicto, sicut est insultus[2]) ad homicidium faciendum, vel per actum proximum, sicut est vulnus. Actus vero verbi et actus facti remotus minus punitur, sed actus propinquus acrius punitur. Es unterliegt hiernach keinem Zweifel, daß Baldus bei den Verbrechen, auf welche es Anwendung finden konnte, eigentlich schon drei Stufen des Conats unterscheidet, nämlich die actus verbi, wie die interpellatio und die sollicitatio alienarum nuptiarum, den actus facti remotus, wie z. B. osculum s. basia und bei der Tödtung den insultus, und den actus propinquus, oder

1) Das Verdienst, auf diese Stellen von Baldus aufmerksam gemacht zu haben, gebührt Pfotenhauer in der vorhin erwähnten Schrift: Der Einfluß des factischen Irrthums auf die Strafbarkeit versuchter Verbrechen. Leipz. 1838. S. 170 ff.

2) i. e. impetuosus contra alium ingressus. Pfotenhauer a. a. O. S. 173. Not. 246.

proximus; wie die prostratio in terram in actu carnali und die Verwundung beim Tödtungsversuche [1]). Anderer Seits ist aber auch nicht zu verkennen, daß die italiänischen Juristen, wie die von ihnen angeführten Beispiele zeigen, bei ihren Erklärungen der verschiedenen Stufen des Versuches, von keinem festen Prinzipe geleitet wurden. Denn während Baldus noch nicht einmal den lebensgefährlichen Angriff als conatus proximus gelten läßt, und dabei mehr an das beendigte Attentat (crimen perfectum) zu denken scheint, führt Angelus schon das cum telo ambulare als ein Beispiel des conatus proximus auf.

§. 156.

Ebenso wenig finden wir bei vielen spätern, schon in das 16te Jahrhundert fallenden criminalistischen Schriftstellern, wenn sie auch zwischen actus oder conatus proximus und remotus unterscheiden, eine feste Begriffsbestimmung für diese Vergleichungsgrade. Dieß gilt namentlich von Julius Clarus [2]), welcher zwar den Satz aufstellt: „Et nota, quod illis casibus, in quibus ille, qui devenit ad actum proximum, non potest puniri poena ordinaria, debet tamen acrius puniri pro motu judicis, quam ille, qui devenit ad actum remotum," dabei aber nicht angiebt, durch welches Merkmal der nächste und entfernte Versuch von einander zu unterscheiden seyen. Genauer sucht dagegen Jacobus Menochius [3]), welcher nicht

1) Baldus ad L. 5. Cod. I. 3. S. jedoch Pfotenhauer a. a. O. S. 172.

2) Rec. Sentent. Lib. V. §. fin. Qu. 92. — S. auch Claudius de Battandier Causar. criminal. Praxis. Reg. CXIX. welcher ebenfalls zwischen Conatus proximus und remotus unterscheidet.

3) Jacobi Menochii, Papiensis, de arbitrariis judicum quaestionibus et causis libri duo. Neueste Ausg. Coloniae Agripp. 1684. fol. Liber II. Centuriae quartae casus 360. mit der Ueberschrift. Conatus ad delictum quando et qua poena puniatur fu-

viel später als Clarus geschrieben hat[1]), die verschiedenen Stufen des verbrecherischen Versuches, theils durch Beispiele, theils durch allgemeine Begriffe zu bestimmen. Er unterscheidet, besonders mit Rücksicht auf die Frage, wann noch Reue zulässig sey, die Stufe vor den actus proximiores, z. B. Ankauf des Giftes, Zubereitungen zur Münzfälschung bis zur Aufprägung des Bildnisses, Anschaffung von Waffen und die Werbung von Genossen in tödtlicher Absicht und alle weitern Handlungen, selbst den tödtlichen Angriff ohne Verwundung mit eingeschlossen, von dem conatus actui multum proximus, welchen er annimmt, wenn von Seiten des Delinquenten Nichts mehr zur Vollendung zu thun übrig ist, wie z. B. wenn jemand einem Andern in tödtlicher Absicht Gift eingegeben und dieses in der That eingenommen worden ist, für welchen Fall Menochius schon die Terminologie delictum perfectum gebraucht[2]).

sius, quam hactenus factum sit, exponitur. Dieses gelte auch, bemerkt Menochius, gleich zu Anfang der Abhandlung, gegen Felinus, den berühmten Canonisten, welcher einen besondern Tractatus über diese Frage geschrieben habe. Vergl. Pfotenhauer a. a. O. S. 176. Einen Auszug aus Menochius giebt schon Luden a. a. O. S. 416 ff.

1) Nach Cas. 360. No. 95. hat er diese Schrift im Jahre 1592 geschrieben; er hat aber Julius Clarus schon benutzt.

2) Menochius l. c. No. 20. „Ut quando ex latere hujus enitentis delinquere, nihil agendum superest ad criminis perfectionem: tunc conatus in se nomen delicti perfecti habet," unter Berufung auf Baldus ad L. Non ideo minus (5.) Cod. de accus. (IX. 2) No. 36. „In hoc casu" (nämlich bei einem mit Verwundung verbundenen Angriff auf das Leben) „delictum perfectum in se dicitur." Menochius geht dann die einzelnen Verbrechen durch und sucht genauer zu bestimmen, bei welchen der Versuch überhaupt, ob blos der conatus proximus, oder auch der remotus, und ob mit der poena ordinaria oder einer extraordinaria gestraft werde. Wo er auch Strafbarkeit des conatus remotus annimmt, wie z. B.

§. 157.

Sehr ausführlich in der Zusammenstellung der frühern Meinungen ist auch hier der sich an Clarus und Menochius der Zeit nach anschließende römische Compilator Prosp. Farinacius, welcher die Frage über die verschiedenen Stufen des Versuches in der Lehre von der Bestrafung des Assassiniums abhandelt[1]), worauf dann in der darauf folgenden Quaestio CXXIV, welche der allgemeinen Frage gewidmet ist: Affectus s. conatus an, quando, et quomodo puniatur, effectu, delicto, et praesertim homicidio non sequuto? zurückgewiesen wird, nachdem er die allgemeine Regel aufgestellt hat, daß zwar der affectus s.

bei der Tödtung, überläßt er die Strafe judicis arbitrio pro modo facti; ebenso bei der Entführung, „sed gravius punitur, cum actus est magis proximus;" d. h. die Strafe muß um so größer seyn, je mehr sich der Versuch dem conatus proximus genähert hat. — Dagegen scheint der Niederländer Damhouder Prax. rer. crim. Cap. LXXXIII. Nr. 9. delictum consummatum und del. perfectum als gleichbedeutend zu gebrauchen, indem er beides zusammen ohne weitere Unterscheidung dem del. ordinatum i. e. non consummatum gegenüberstellt. — Ziemlich auf die nämliche Weise bestimmt der spanische Practiker Laurentius Matthaeu et Sanz (aus der 2ten Hälfte des 17ten Jahrhunderts) die höchste Stufe des Conates dahin: „si per reum procedens (?) ad actum proximum factum fuit, quicquid in se erat ad effectum consequendum, ita ut per eum non steterit, quominus delictum principale consumaretur. — S. dessen Controversiae XXXII. de re criminali. Edit. Lugd. 1738. p. 191.

1) Prosperi Farinacii Opera criminalia. Francof. 1610. Pars. V. Quaest. CXXIII. Ein sehr richtiges Urtheil über des Farinacius Schriften fällt Biener, Beiträge zur Gesch. des Inq. Proc. S. 116. — Am Schlusse der Qu. CXXIII. bemerkt Farinacius: „Perfecta haec quaestio die 2. April. 1605. in cujus diei praecedenti nocte electus fuit Pontifex Alexander Medices Cardinalis de Florentia dictus Leo XI. cum maxima urbis laetitia."

conatus auch non secuto affectu bestraft werde, daß aber zur gleichen Strafbarkeit, abgesehen von der Schwere des Delictes, auch ein conatus proximus nothwendig sey. Daher schon beim Assassinium die weitere Frage: Quando dicatur actus proximus vel remotus[1])? Nach der gemeinen a Dd. recipirten Meinung, sagt Farinacius, sey actus proximus dann vorhanden, quando fuit deventum ad insultum, vel offensionem; alias non proximus sed remotus dicetur. — Et sic ut actus dicatur proximus, requirit, ut sit proximus principali intento et cogitato delicto. Es folgt hierauf eine sehr ausführliche Relation der Meinungen älterer Juristen, wobei insbesondere die des Baldus hervorgehoben und gebilligt wird[2]). Zwar gebe es auch eine Mehrzahl von Rechtsgelehrten, welche schon das cum telo ambulare zum actus proximus rechneten, wie z. B. Felinus, Chassaneus, Paul. Merenda, Bajardus, Cyrillus, allein die prima opinio sey aequior, magis communiter recepta, nec ab ea recedendum.

1) Quaest. CXXIII. No. 106 - 112.

2) Zunächst wird die schon oben erwähnte Stelle von Baldus ad L. si quis non dicam rapere allegirt. Aber noch besser, sagt Farinacius, hanc materiam explicat et declarat idem Baldus in Cons. 316. Statuto Placentiae, vers. Aut tu loqueris de jure municipali lib. 1. Ubi ad hoc, ut actus proximus dicatur, requirit, quod sit immediatus, et quod alius non detur actus magis delicto proximus, et quod per agentem non steterit, quominus delictum non fuerit secutum et quod fecerit, quidquid potuit. Et ponit exemplum in eo, qui volens carnaliter cognoscere mulierem, illam in terram projecit, voluitque claustra pudoris aperire. Ebenso erkläre auch Joseph. Fontenellus den actus proximus dahin, quando non datur intermedius aut magis proximus ipsi delicto, und hiermit stimmten auch Menochius, Carrerius, Covaruvias, Corneus, wie es scheine auch Aeg. Bossius, und mehrere Andere überein.

§. 158.

IV. Die peinliche Gerichtsordnung und die spätere gemeinrechtliche Theorie und Praxis Deutschlands.

Obgleich man nach der bisherigen Ausführung annehmen darf, daß die Unterscheidung von Stufen oder Graden des Versuches, namentlich die Eintheilung in conatus oder actus remotus und proximus, schon im 15ten und im Anfange des 16ten Jahrhunderts sehr gewöhnlich gewesen ist und daß dieselbe, zufolge des Ansehens, welches die italiänischen Schriftsteller in Deutschland erlangt hatten, auch dem Verfasser der Bambergischen H. G. O. nicht unbekannt geblieben seyn könne, und obgleich das die Unterscheidung bedeutsam machende Prinzip einer verschiedenen Strafbarkeit der Versuchshandlungen, „angesehen gelegenheit vnd gestalt der sach" daselbst Anerkennung gefunden hat, so finden wir doch weder in dieser, noch in der spätern ganz darauf gegründeten Reichsgesetzgebung in dem hierher gehörigen Artikel[1]) von „Straff vnderstandner missethatt," bestimmte Stufen oder Grade des Versuches formell hervorgehoben. Und gewiß verdient auch in dieser Beziehung Schwarzenberg um so weniger Tadel, als es überhaupt für ein Gesetz nicht als passend erscheint, sich mit Terminologien und Definitionen zu befassen, und als man auch nicht verkennen kann, daß es, bei der noch nicht feststehenden Begrenzung der gangbaren Stufen des Versuches, auf eine, der ganzen Intention jener Gesetzgebung nicht entsprechende, gesetzliche Sanction bestimmter Begriffe angekommen seyn würde. Ohne dem Richter auf irgend eine Weise Fesseln anzulegen, überließ es mithin das Gesetz auch für die Zukunft der wissenschaftlichen Fortbildung des Rechtes, durch Unterscheidung von Stufen des Versuches gewisse Anhaltspunkte bei der Würdigung der relativen Strafbarkeit zu gewähren. Zwar ist in neuerer Zeit

1) Bamb. H. G. O. Art. 204. P. G. O. Art. 178.

die Behauptung aufgestellt worden, daß auch in materieller Hinsicht weder im Sinne der P. G. O. noch nach ihrer Grundlage, der italiänischen Praxis, Grade oder Stufen des Versuches unterschieden werden könnten, insofern man darunter die größere Nähe oder Entfernung verstehe, welche der Verbrecher bis zur Vollendung der Haupthandlung noch zurückzulegen hatte [1]); da indessen diese Behauptung nicht sowohl die Zulässigkeit einer formellen Unterscheidung von Stufen des Versuches betrifft, als vielmehr ein bisher allgemein anerkanntes Moment zur Würdigung der Strafbarkeit bestreitet, so wird hiervon passender an einer andern Stelle, bei der Frage über die relative Strafbarkeit der Versuchshandlungen an sich, die Rede seyn.

§. 159.

Blicken wir nun auf die an die P. G. O. sich anschließende Theorie und Praxis, so finden wir in den frühern Bearbeitungen des peinlichen Rechtes in Deutschland, wie fast überall, weiter Nichts, als eine Wiederholung der Lehren der italiänischen Juristen. Was zunächst die beiden ältesten lateinischen Uebersetzungen betrifft, so hat Gobler, wie er überhaupt meistens ganz wörtlich und getreu die P. G. O. in das Lateinische überträgt, auch beim Art. 178 dieses Prinzip befolgt, während dagegen Remus in seiner Paraphrase ausdrücklich die bekannte Unterscheidung von factis remotis und proximis aufgenommen und sie zur Bestimmung des Anfangspunktes der Strafbarkeit der Versuchshandlungen zu benutzen gesucht hat [2]). Er nimmt

1) Luden a. a. O. S. 510 ff. 423 ff. — Der Zusatz „insofern" u. s. w. ist strenggenommen überflüssig, da sich in einer andern Beziehung gar keine Stufen des Versuches unterscheiden lassen.

2) Remus paraphrasirt: „Si quis non extrinsecis tantum et remotis factis, ut apparatu telorum, veneni mali praeparatione etc. sed proximis, quae ad perfectionem criminis pertingunt, maleficium designare conetur." Gobler sagt: „Si quis male-

nämlich facta remota im Sinne von Vorbereitungshandlungen, die er für straflos erklärt, und versteht unter facta proxima, solche, quae ad criminis perfectionem pertingunt, also Handlungen der Ausführung. Frühere und spätere Commentatoren der P. G. O. und practische Schriftsteller über das gemeine peinliche Recht erwähnen meistens gar nicht, oder nur nebenbei, die Eintheilung in conatus proximus und remotus, ohne sich auf eine nähere Bestimmung der Begriffe einzulassen [1]). Dieß gilt selbst von

ficium apparentibus factis ad effectum seu completionem maleficii conducentibus molitur s. conatur", wodurch freilich indirect ebenfalls die Strafbarkeit bloßer Vorbereitungsacte ausgeschlossen wird. S. Oben Th. I. S. 224 f.

1) Chilian Königs Practica und Proceß der Gerichtsleuffte, gedr. zu Bautzen 1559, worin in einem Anhange auch von „allerley leiblichen, bürgerlichen vnd peinlichen straffen vnd pehnen," ohne Berücksichtigung der P. G. O. gehandelt wird, enthält unter zwei besondern Rubriken nur einige Citate aus Bartolus, Baldus und dem alten Testamente über Bestrafung desjenigen, welcher eine Uebelthat thun will und nicht vollbringen kann. Der Niederländer, von deutschen Schriftstellern sehr stark benutzte Damhouder spricht zwar in seiner Praxis rer. crim. Antwerp. 1554. mehrfach von der Bestrafung des Versuches, ohne aber bestimmte Grade zu unterscheiden. In der Practica und Proceß P. H. G. O. von M. Heinrich Rauchdorn, zuerst Budissin 1564 fol., worin ebenfalls die Carolina nicht in Bezug genommen ist, wird unter der Rubrik „Von straff des fürnemens, jemandts zu entleiben" nur die Frage erörtert, ob es den göttlichen Rechten entgegen sey, mit der gemeinen Gewohnheit den Willen und das fürnemen nicht der That gleich zu strafen. Von Graden des Versuches ist keine Rede. Ebenso wenig in Andr. Perneder Halsgerichtsordnung. Ingolstadt 1581. (auch 1592). Tit. VI. Art. 40 41. Dagegen hat der die P. G. O. nach einer selbst gewählten Ordnung commentirende Nic. Vigelius, Constitutiones Carolinae Publicorum Judiciorum, zuerst Basel 1583, Edit. quarta. 1613., worin nach einer geschichtlichen Einleitung, im Cap. II. ein auch von der Bestrafung des Versuches handelnder, allgemeiner Theil folgt, in der Bestimmung des Gesetzes:

Carpzov, welcher zwar bei mehreren Verbrechen hinsichtlich der Strafbarkeit des Conats, den actus propinquus, oder proximus, vom actus remotus unterscheidet [1]), ohne jedoch bestimmtere Definitionen zu geben, als seine Vorgänger.

§. 160.

Noch viel weniger ist dieß von den spätern Schriftstellern aus dem 17ten und Anfange des 18ten Jahrhunderts zu erwarten, welche größtentheils der Auctorität Carpzovs unbedingt folgen [2]). Während hierauf Kreß [3]) die Unterscheidung von Graden des Versuches gar nicht erwähnt,

„Aber in einem Fall" u. s. w. eine Anerkennung der aus Clarus entlehnten Unterscheidung zwischen actus remotior und proximus, oder vielmehr der verschiedenen Strafbarkeit desselben, gefunden. Vergl. auch Emer. a Rosbach Pract. crim. s. processus judiciar. zuerst 1610. 2te Ausg. Francof. 1645. 4. Tit. VI. Cap. 1. Term. X. Notab. 1. No. 39 seq., welcher mit Baldus zwischen attentare, tractare, procedere und consummare unterscheidet.

1) Pract. criminal. Qu. II. No. 55. besonders aber Qu. XVII. No. 18 seq. „Tunc judex pro arbitrio et ratione attentati, an nempe ad actum proximum vel remotum delinquens pervenerit, quandoque severius, quandoque mitius hoc attentatum punire debet." Weiter unterscheidet er den actus proximus, mit schädlichem Erfolg und ohne den letzteren, und versteht unter actus proximus überhaupt den Fall „quando delinquens — a sua parte et quanto in ipso est, delictum consummavit," also das s. g. delictum perfectum. Vergl. auch Qu. XIX. No. 54. 55. Qu. XXI. No. 34. Qu. XXII. No. 70 seq. Qu. LXXVI. No. 57.

2) Vergl. Christoph. Blumblacher, Commentar. in Kayser Karl V. — Peinl. Halsgerichts-Ordn. Salzb. 1670. ad Art. 178. — Fröhlich von Fröhlichsburg, Commentar. in Kayser Karl V. — Peinl. Halsger.-Ordn. Zweit. Tract. II. Buch. 8ter Tit. §. 5. Granz, defensio inquisitor. Cap. VI. Membr. II. Sect. II. Art. 11. besond. No. 925 ff.

3) Commentat. succ. in C. C. Carol. V. ad art. CLXXVIII.

billigt Sam. Fr. von Böhmer[1]) die gewöhnliche Unterscheidung in actus proximi und remoti, „prout parum vel longe absunt ab ipsa executione, veluti gladium acuere, armis se cingere, faces igniferas praeparare, ad latibula se referre, quibus remoti absolvuntur," und versteht also unter actus remoti Vorbereitungshandlungen, unter actus proximi aber Handlungen der Ausführung, wie z. B. „gladium stringere, puellam denudare, muros perforare, scalas admovere, quod proximis proprium." Doch gebe es, fügt Böhmer hinzu, in beiden Classen wieder Grade, „quorum alii sunt remotissimi, alii propiores, alii subinde extremam lineam constituunt[2]), in quibus rite distinguendis sollicitudo judicis versatur." Auch erwähnt er noch[3]) den extremus gradus, „si reus a sua parte omnia ad consummandum scelus direxit," der Erfolg aber nicht eingetreten ist. Andere gebrauchen nun auch die Terminologien attentatum und inchoatum s. imperfectum delictum und wollen mit jenem die Vorbereitungshandlungen, mit diesem Handlungen der Ausführung bezeichnen[4]). Aber noch einen Schritt weiter gieng

1) Medit. in CCC. Art. CLXVIII. §. 5. Vergl. auch §. 12. ibid., wonach der Richter bei Zumessung der Strafe auch berücksichtigen soll, „gradum, quousque processit conatus, utrum proximus an remotus sit."

2) Deshalb sagt v. Quistorp, Grds. des peinl. Rechts. 6te Aufl. v. Klein §. 29. Not. b. Böhmer unterscheide drei Stufen, conatum remotum, proximiorem und proximum.

3) a. a. O. §. 9.

4) Koch Instit. jur. crim. Lib. I. Cap. II. §. 26. „— conatus delinquendi — vel in eo consistere potest, quod quis praeparatoria delicti tantum exercuerit; vel in ipso quidem actu delinquendi fuerit constitutus, eum vero non absolverit. Si prius, vocatur attentatum delictum; si posterius, inchoatum delictum s. imperfectum." Ebenso sagt Meister princ. jur. crim. §. 37. „Admittit conatus varios

Klein[1]), indem er das s. g. delictum perfectum, oder das geendigte Verbrechen als eine Mittelstufe zwischen delictum consummatum und conatus delicti hinstellte und dadurch eigentlich ganz vom conatus delicti absonderte. „Die Quantität des Verbrechens und der Strafen," sagt Klein, „in Beziehung auf den Fortschritt des Vorsatzes zur Wirkung hat folgende Stufen:

I. die zum Begriff des Verbrechens erforderliche Handlung ist vollendet

1) der Wirkung nach; consummatum, vollbracht —

2) in Rücksicht auf die That, aber nicht in Ansehung der Wirkung, perfectum, geendigt. —

II. Ist die Handlung nicht vollendet, so wird sie für unternommen geachtet, sobald der Vorsatz, sie zu vollziehen, in eine äußerliche Handlung ausgebrochen ist. Dies heißt conatus in sensu latiori.

1) Der Verbrecher war schon in der letzten zur Vollendung des Verbrechens erforderlichen Handlung begriffen, crimen inchoatum.

2) Er hat eine blos vorbereitende Handlung unternommen, delictum attentatum."

§. 162.

Ob Klein gewußt hat, daß der Ausdruck delictum perfectum schon vor ihm gebraucht worden sey[2]), läßt sich

gradus, inter quos potissimum distinguitur conatus remotus (s. delictum attentatum in s. str.) i. e. qui in praeparatoriis actibus subsistit; et conatus proximus (s. delictum inchoatum), i. e. qui ad actum ipsum executionis delicti jam processit." Vergl. auch Renazzi Element. jur. crim. Lib. I. Cap. IV. §. 10., welcher den conat. remotus zwar dahin definirt, qui in solo adparatu delicti consistit, als Beispiel aber anführt, „cum quis e. g. gladium strinxerit."

1) Grundsätze des peinl. Rechts. Halle 1795. 2te Ausg. 1799. §. 145.

2) Vergl Oben S. 15. Daß schon der §. 40 des II. Th. Tit. 20.

nicht bestimmen; so viel ist aber gewiß, daß man bisher meistens den Fall, den er damit bezeichnen wollte, theils nicht so scharf trennte, theils, wenn man seiner gedachte, ihn zum conatus proximus [1]) rechnete, oder auch den conatus proximus auf die nämliche Weise umschrieb, wie Klein das del. perfectum [2]). Wenn es nun auf der einen Seite nicht zu billigen war, daß man die möglicher Weise nur eine Stufe, und zwar die höchste, bezeichnende Terminologie „conatus proximus" zur Bezeichnung einer ganzen Stufenreihe gebrauchte und die, das Ganze nicht umfassende, also logisch unrichtige Eintheilung in c. remotus und proximus bildete [3]), so muß doch anderer Seits auch die Kleinsche Eintheilung und Terminologie als unpassend betrachtet werden. Wir meinen hierbei nicht die Hervorhebung des mit dem Ausdruck delict. perfectum bezeichneten Falles selbst; denn dieser dürfte bei gewissen Verbrechen allerdings eine besondere Beachtung des Gesetzgebers und Richters verdienen [4]); sondern blos die Benennung und die Zusammenstellung desselben unter einem Eintheilungsgliede mit dem vollbrachten oder consumirten Verbrechen wodurch derselbe auf eine in der That unzulässige Weise dem Versuche gegenüber gestellt, oder davon losgerissen, und leicht eine unrichtige Vorstel-

des Preuß. Landrechts den Fall selbst ebenso hervorhebt, wie Klein, erklärt sich wohl aus dem Einflusse dieses Juristen auf die genannte Legislation.

1) Wie es auch noch von neuern Juristen geschieht, z. B. Kleinschrod, Tittmann u. A.

2) S. Oben S. 15. 16. 17.

3) Vergl. v. Seckendorf im N. Archiv Bd. II. S. 353.

4) Hiervon wird noch weiter Unten §. 146. die Rede seyn. Vergl. Weber über das geendigte Verbrechen und dessen angemessene Bestrafung im N. Archiv Bd. IV. S. 24 ff.

lung über die Strafwürdigkeit desselben veranlaßt wird[1]). So lange noch nicht Alles geschehen oder bewirkt worden ist, was zum gesetzlichen Begriffe des Verbrechens gehört, ist letzteres blos versucht, und ein Mittelglied zwischen Versuch und Vollendung giebt es nicht. Insofern war es schon besser, wenn Feuerbach[2]) das s. g. delictum perfectum durch „geendigte Unternehmung" (und nicht durch „geendigtes Verbrechen") bezeichnete, indem dasselbe hierdurch wenigstens in das Gebiet des Versuches verwiesen wurde[3]).

§. 162.

Die Ansichten der neuesten Criminalisten sind, wie sich zum Theil auch schon aus dem Bisherigen ergiebt, sehr verschieden über die Abtheilung und Bezeichnung der Grade des Versuches. Während Manche[4]) nur die Unterscheidung

1) Vergl. Schröter Handb. des peinl. Rechts. Leipz. 1818. §. 84. Not. 2. Mittermaier im N. Archiv Bd. IV. S. 14. Henke Handb. des Criminalr. Bd. I. S. 263. Hepp Versuche üb. einz. Lehren der Strafrechtswiss. S. 340 f. Jenull, österreich. Criminalr. Th. I. S. 422.

2) Lehrb. des peinl. Rechts. §. 43. Ebenso Schröter Handb. a. a. O., nur daß er statt des Ausdruckes „Unternehmung" den Mißverständnisse mehr beseitigenden Ausdruck „Versuch" gebraucht und dem beendigten Versuche logisch richtiger erst den unbeendigten gegenüber stellt, von welchem dann der nächste (besser: nahe) und der entfernte Versuch wieder Unterabtheilungen bilden; so jedoch daß die gewöhnlich zum Conat. remotus gerechneten Vorbereitungen zum Verbrechen ganz davon ausgeschlossen sind.

3) S. jedoch auch Kritik des Kleinschrodschen Entwurfes. Th. II. S. 107-111, wo Feuerbach zwischen nächstem, entferntem (mittlerem) u. entferntestem Versuche unterscheidet und das del. perfectum eine Mittelstufe zwischen Versuch und Vollendung nennt.

4) Bauer Lehrb. des Strafr. §. 61. 62. Anmerkungen zum Hannov. Entw. S. 396.

zwischen beendigtem und nicht beendigtem Versuche als eine solche betrachten, für welche sich im Allgemeinen sichere Merkmale angeben ließen, und die gewöhnlichen Unterscheidungen zwischen nächstem und entferntem, oder nächstem, nahem und entferntem Versuche, sowie zwischen delictum perfectum, inchoatum und attentatum für sehr schwankend, und daher weder für die Gesetzgebung noch für die Anwendung brauchbar erklären, — lassen Andere nur die Unterscheidung zwischen nahem und entferntem Versuche, wovon jedoch lediglich vorbereitende Handlungen ausgeschlossen sind, gelten und betrachten die Unterscheidung von beendigtem und unbeendigtem Versuch als unerheblich und bedeutungslos [1]), weil sie theils nur bei einer Classe von Verbrechen Statt finde, theils die Bestimmung des Grades der Strafwürdigkeit nicht immer von dem Daseyn der Merkmale des beendigten Versuches abhänge [2]). Diejenigen aber, welche auch Vorbereitungshandlungen für strafbar erklären, unterscheiden noch zwischen del. praeparatum, inchoatum und perfectum [3]), und Heffter [4]) stellt sogar vier Abstufungen des Versuches auf, nämlich: I. den geendigten oder erfolglosen Versuch, wenn der Verbrecher auf seiner Seite zwar Alles oder doch genug gethan hat, um den letzten, gesetzlich vorausgesetzten Erfolg herbeizuführen, derselbe aber durch zufällige Umstände verhindert worden ist; II. den nächsten Versuch, conatus proximus, delict. inchoatum, oder den Anfang der Handlung, deren Fortsetzung unmittelbar das Verbrechen bedingt haben würde; III. den entfernten Versuch, del. attentatum, conatus remotus, wenn das verbrecherische

1) Henke Handb. des Criminalr. Th. I. S. 262. 263.

2) z. B. daß der zu Vergiftende auch von der vergifteten Speise genossen habe.

3) z. B. Martin Lehrb. des Criminalrs. §. 61. Not. 15.

4) Lehrb. des Criminalrs. §. 61.

Handeln bei der Zubereitung der schon vorhandenen Mittel stehen geblieben ist, endlich IV. die Vorbereitung des Verbrechens, delictum praeparatum, wenn das Handeln vorerst nur auf Erlangung der erforderlichen Mittel gerichtet war.

§. 163.

V. Nähere Betrachtung der möglichen Grade oder Stufen des Versuches.

Werfen wir nun zunächst einen Blick auf den beendigten Versuch, oder das s. g. del. perfectum, und zwar zunächst nur in Beziehung auf den physischen Urheber oder Thäter, so liegt allerdings in der gewöhnlich gegebenen Begriffsbestimmung, er sey vorhanden, wenn alle zur Hervorbringung des Verbrechens erforderlichen Handlungen von Seiten des Thäters geschehen sind, ohne daß jedoch der zum Begriffe des Verbrechens gehörige Erfolg eingetreten wäre, ausgesprochen, daß ein solcher Versuch nur bei denjenigen Verbrechen möglich sey, welche einen gewissen Erfolg in ihrem Thatbestande umfassen [1]), und es wäre insofern nicht zu billigen, wenn Klein u. A. das delictum perfectum wie einen auf alle Verbrechen bezüglichen Begriff hinstellen. Allein dessenungeachtet fragt sich, ob man den Begriff des beendigten Versuches wirklich so eng fassen dürfe? Es ist nämlich nicht zu übersehen, daß

1) Vergl. Henke u. Bauer a. a. O. v. Weber im N. Archiv Bd. IV. S. 38. 39. Unter den von Weber angeführten Beispielen von Verbrechen, bei welchen das delictum consummatum und perfectum immer zusammen fallen müsse, wird aber mit Unrecht auch der Brandstiftung gedacht. Denn wenn man auch zu deren Vollenbung nur das Anzünden des zu verbrennenden Gegenstandes verlangt, so ist dieß doch immer ein äußerer Erfolg der Handlung, welcher durch Zufall verhindert werden kann, obgleich der Thäter von seiner Seite Alles gethan hatte, was zur Hervorbringung desselben erforderlich war. Dasselbe gilt vom Betruge, wenn man dazu die Anrichtung eines materiellen Schadens verlangt.

diejenigen Verbrechen, welche schon durch die blose Handlung des Thäters vollendet werden, wenigstens der gewöhnlichen Annahme zufolge, insofern auch versuchte seyn können, als zwar von Seiten des Thäters alle zur Hervorbringung des Verbrechens erforderlichen Handlungen vorgenommen sind, jenes aber doch nicht vollständig vorliegt, weil er seine Handlung gegen ein Object richtete, an oder mit welchem, ohne sein Wissen, das Verbrechen nicht hervorgebracht werden konnte, wie z. B. wenn Jemand seine eigene Sache stiehlt, oder der Mann mit seiner eignen Frau unwissentlich den Beischlaf ausübt, oder sich mit derselben, sie für eine Andere haltend, zum zweitenmal hat trauen lassen u. s. w. Zwar leugnen wir die bürgerliche Strafbarkeit solcher Fälle und meinen auch, daß man sie gar nicht unter den Begriff des Versuches ziehen, und vielmehr von einem Mangel am Thatbestande, von einem unvollständigen Verbrechen, crimen erroneum s. putativum reden sollte, da sich der Unterschied zwischen Versuch und Vollendung nur auf das Fortschreiten der verbrecherischen Thätigkeit und die zum Verbrechen erforderliche Wirkung bezieht [1]); allein eines Theils ist die bürgerliche Strafbarkeit mit dem Daseyn des Begriffes des Versuches nicht zu verwechseln, und andern Theils reden wir nur davon, ob Diejenigen, welche Fälle der erwähnten Art in das Gebiet des strafbaren Versuches ziehen, den Begriff des beendigten Versuches blos auf die oben bezeichnete Classe der Verbrechen beschränken dürfen? was man aus dem Grunde tadeln könnte, weil das Wesen des beendigten Versuches, daß alle zur Hervorbringung des Verbrechens erforderlichen Handlungen von Seiten des Thäters vorgenommen sind,

1) Vergl. Oben Th. I. §. 16. 17. Die Schlußsätze des §. 17. stehen hiermit nicht im Widerspruch, indem nur von solchen Verbrechen die Rede ist, zu deren gesetzlichem Begriffe der Eintritt einer gewissen Wirkung gehört.

auch hier zutreffe. Man müsse daher, sobald man auch jene Fälle in das Gebiet des strafbaren Versuches ziehe, sagen: Ein beendigter Versuch (conatus perfectus) ist vorhanden, „wenn der Thäter Alles gethan hat, was von seiner Seite zur Vollendung des beabsichtigten Verbrechens nöthig war, jedoch es an der zum Begriffe des Verbrechens erforderlichen Wirkung, oder an einem andern dazu gehörigen wesentlichen Merkmale fehlt." Allein hierdurch würde man sich wieder dem nämlichen Tadel aussetzen, welcher Diejenigen trifft, welche dergleichen Fälle überhaupt für strafbar erklären, nämlich, daß sie Alles von der subjectiven Meinung des Thäters abhängig machen und die objective Beschaffenheit der That ganz unberücksichtigt lassen. Wenn man sagt, der Thäter müsse von seiner Seite Alles gethan haben, damit ein beendigter Versuch vorliege, so gehört dazu auch, daß er seine Handlung gegen das zum Verbrechen gehörige Object richte. Denn dieß ist etwas von seiner Willkühr Abhängiges, (nicht so der Eintritt des durch die Wirksamkeit von Naturkräften bedingten Erfolges!) und man muß daher Fälle der obigen Beschaffenheit in das Gebiet des nicht beendigten Versuches verweisen[1]). Ebenso ist eine andere, hiermit nahe verwandte, den geendigten Versuch betreffende Frage, zu beantworten, ob es nämlich zum Wesen desselben gehöre, daß die an sich, oder der äußern Erscheinung nach, beendigte verbrecherische Thätigkeit, auch diejenigen innern Eigenschaften an sich trage, welche nach dem natürlichen Laufe der Dinge zur Hervorbringung des Verbrechens erforderlich sind? Ob demnach von einem beendigten Versuche (wieder mit Beiseitesetzung der Frage über die Strafbarkeit) die Rede seyn könne, wenn der Thäter zwar hinsichtlich des Fortschreitens der verbrecherischen Thätigkeit zum Ziele gelangt ist, allein sich eines untaug-

1) Dieß ist auch geschehen im Würtemberg. Entw. v. 1835. Art. 66.

lichen oder unzulänglichen Mittels bedient hat? Die bejahende oder verneinende Beantwortung dieser Frage hängt ebenfalls davon ab, ob wir das wesentliche Merkmal des beendigten Versuches, daß der Verbrecher von seiner Seite Alles gethan haben müsse, blos subjectiv, oder zugleich objectiv auffassen, und ob wir demnach verlangen, daß er nicht blos nach seiner Meinung, sondern in der That auf solche Weise gehandelt habe, wie es zur Hervorbringung des Verbrechens nach dem natürlichen Laufe der Dinge erforderlich war? Letzteres ist offenbar das Richtigere! Mithin muß auch der Versuch mit untauglichen, ungeschickt angewandten oder unzulänglichen Mitteln in das Gebiet des nicht beendigten Versuches verwiesen werden[1]), und die ganze Unterscheidung bleibt hiernach, was den physischen Urheber[2]) des Verbrechens betrifft, auf diejenigen Verbrechen beschränkt, welche zu ihrem Thatbestande den Eintritt eines nicht von der Willkühr des Thäters abhängigen Erfolges erheischen, zu dessen Herbeiführung der Thäter Alles gethan hat, was von seiner Seite geschehen konnte, — bei diesen aber ohne Unterschied, ob die zur Herbeiführung des Erfolges erforderliche Haupthandlung mehr oder weniger bemerkbare Progressionen enthält. Auch kann man nicht sagen, daß es darunter wieder gewisse Verbrechen gäbe, bei welchen ihrer Natur nach, der beendigte Versuch die einzig mögliche Stufe des Versuches seyn könne, sodaß man davon auch keine andere Stufe (nächsten oder nahen Versuch) unterscheiden dürfe[3]). Denn wenn auch die Vollziehung gewisser Verbrechen[4]), be-

1) Uebereinstimmend ist Weber im N. Archiv Bd. IV. S. 35. und der Würtemberg. Entwurf v. 1835. Art. 66.

2) Anders wenn wir die Anstiftung in den Kreis des Versuches ziehen! Davon Unten §. 165.

3) Wie v. Weber a. a. O. S. 39 f. behauptet.

4) Mit Unrecht führt Weber hierbei die Verbal-Injurien als

sonders da, wo sie in einer raschen Aufwallung und in einer, keine weiteren Vorbereitungen erfordernden Lage verübt werden, in der äußern Erscheinung sich häufig nur als ein momentaner Act darstellen kann, z. B. beim Todtschlag, so ist dieß doch nur etwas der factischen Gestaltung einzelner Fälle Eigenthümliches und die Gesetzgebung, welche überhaupt den Begriff des beendigten Versuchs recipirt hat, dürfte keinen Grund haben, dergleichen Fälle besonders hervorzuheben, da man doch nicht behaupten kann, es sey bei gewissen Verbrechen überhaupt so, daß der Thäter entweder Alles oder noch Nichts gethan, wodurch er sich strafbar mache. Noch weniger ist aber abzusehen, warum in Fällen eines s. g. qualificirten Versuches, wie Weber behauptet[1]), die Unterscheidung des beendigten Versuches von entfernteren Graden desselben unzulässig seyn sollte. Man überlasse es doch dem Richter, in den einzelnen Fällen diese Unterscheidung zur Anwendung zu bringen, oder nicht!

§. 164.

Uebrigens entstehen in Beziehung auf den s. g. beendigten Versuch noch folgende Fragen:

1) Ist es überhaupt rathsam dem Richter und Gesetzgeber diesen Begriff zur Beachtung zu empfehlen, besonders wenn man erwägt, daß derselbe in Beziehung auf den physischen Urheber oder Thäter nur auf eine gewisse Classe von Verbrechen Anwendung findet? Diese Frage möchten wir unbedingt bejahen und zwar einerlei, ob man jenen Begriff durch beendigten oder nächsten Versuch, durch

Beispiel auf, die ja theils gar keine Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung zulassen, theils jedenfalls den beendigten Versuch ausschließen, indem sie zur Classe der Verbrechen gehören, welche blos durch die Handlung consummirt werden.

1) a. a. O. S. 41.

geendigte Unternehmung oder auf eine andere Weise bezeichnen will[1]). Die beschränktere Anwendung ist kein Grund zur gänzlichen Verwerfung, die geendigte verbrecherische Thätigkeit, ohne den gesetzlich nothwendigen Erfolg, ist, wenn man überhaupt das Fortschreiten des verbrecherischen Handelns als relevant für die Bestrafung erklärt, wirklich ein wichtiges Moment, und wir erhalten dadurch eine durch ein bestimmtes Merkmal zu bezeichnende Stufe des Versuches[2]), welche zugleich als die höchste, bei diesen Verbrechen denkbare erscheint[3]), und über deren Vorhandenseyn leicht zu entscheiden ist. Den Gegensatz bildet dann bei jener Classe von Verbrechen der nicht beendigte Versuch, der freilich von dem Augenblick, wo seine Strafbarkeit beginnt, insofern sich in jedem Momente des Fortschreitens der verbrecherischen Thätigkeit eine Unterbrechung denken läßt, eine Menge Stufen oder Grade haben kann, für welche sich aber weder eine bestimmte Zahl noch ein unterscheidendes Merkmal feststellen läßt, insofern man nicht, von der Frage über die Strafbarkeit abstrahirend, Vorbereitung des Verbrechens als entfernten und den Anfang der Ausführung als nahen Versuch betrachten will. Hat man dagegen nur den strafbaren Versuch im Auge und verwirft die Ansicht von der Strafbarkeit bloser

1) Die Bezeichnung durch delictum perfectum verwerfen wir unbedingt. S. übrig. Hepp Versuche S. 343. 344.

2) A. M. ist Mittermaier im N. Archiv Bd. IV. S. 14., welchem auch Henke im Handb. des Criminalr. Bd. I. S. 263. gefolgt ist. S. dageg. Bauer Anmerk. z. hannov. Entw. I. S. 387 ff.

3) Zwar kann die Versuchshandlung auch noch eine materielle Verletzung im Gefolge gehabt haben oder nicht, und jene kann größer und geringer seyn, was Alles auf die relative Strafbarkeit von Einfluß seyn muß; dieß gehört aber nicht zu den Stufen des Versuches und nicht zur Würdigung der Strafbarkeit der Versuchshandlung als solcher.

Vorbereitungshandlungen, so dürfen diese auch von keiner Eintheilung des (strafbaren) Versuches getroffen werden. Näher und entfernter kann also der nicht beendigte strafbare Versuch wohl seyn; man kann aber im Allgemeinen nicht bestimmen, wo der entfernte Versuch aufhöre und der nahe beginne.

2) Kann von einem beendigten Versuche die Rede seyn, wenn der Thäter von seiner Seite zwar Alles gethan hat, was zur Hervorbringung des Verbrechens erforderlich war, zur Bewirkung des beabsichtigten Erfolges aber doch noch die Handlung eines Anderen, entweder des Verletzten, oder eines Dritten hinzukommen mußte? z. B. die vergiftete Speise ist zwar dem zu Vergiftenden vorgesetzt, muß aber erst noch von Diesem genossen werden [1]). Auch hier dürfen wir die steigende Gefährlichkeit der Handlung in der vom Thäter berechneten natürlichen Fortwirkung seiner eigenen Thätigkeit [2]) nicht mit in die Gradationen des Versuches einschließen. Sie kann überhaupt auf die Frage

1) Aehnlich wäre der Fall, wenn der Thäter einen Selbstschuß gelegt, oder Jemandem ein Paquet mit Knallsilber übersendet hätte, wozu noch die Eröffnung von Seiten des zu Beschädigenden hinzukommen mußte.

2) Hiernach ist der Einwand von Henke Hdb. des Errs. Bd. I. S. 263 gegen die Aufstellung des beendigten Versuches zu beurtheilen, wenn er sagt: „Mit dem Darreichen oder Vorsetzen der vergifteten Speisen und Getränke hat der Giftmischer den letzten entscheidenden Schritt zur Erreichung seiner Absicht gethan, und das Nichteintreten des Erfolges hindert zwar, seine That wie das vollendete Verbrechen zu bestrafen, läßt sie aber eben so strafbar, als wenn der zu Vergiftende von jenen Speisen und Getränken genossen hätte, da das Nichtgenießen ganz unabhängig von der Willkühr des Giftmischers war.“— Der Vordersatz ist richtig, dagegen kann die in den gesperrten Worten liegende Behauptung nicht zugegeben werden. Sie würde, wenn man sie gelten läßt, auch zur Gleichstellung des beendigten Versuches mit dem vollendeten Verbrechen führen!

von der Beendigung der verbrecherischen Thätigkeit nicht von Einfluß seyn, und wir müssen daher in dem bezeichneten Falle einen beendigten Versuch des Giftmords erblicken[1]). Anders verhält sich die Sache, wenn den Umständen nach vom Thäter selbst die zur Bewirkung des Erfolges nothwendige Handlung noch vorgenommen, z. B. dem Kranken die vergiftete Arznei eingegeben werden sollte. Hier kann von keinem beendigten Versuche die Rede seyn, sollte auch von dem zu Verletzenden oder von einem Dritten die noch erforderliche Handlung vorgenommen, oder der Erfolg vielleicht gar bewirkt worden seyn, — insofern nicht der Thäter gegenwärtig war und die Vornahme jener Handlung nicht hinderte. Denn dann würde die Unterlassung zu seiner vorausgegangenen Handlung hinzuzurechnen und entweder ein beendigter Versuch, oder ein vollendetes Verbrechen anzunehmen seyn!

§. 165.

Nach diesen Grundsätzen ist auch die Frage zu beurtheilen, ob die Anstiftung eines Anderen zur Verübung eines Verbrechens durch Gewalt, Drohung, Auftrag, Verheißung eines Lohnes und dergleichen als ein beendigter oder nicht beendigter Versuch des Verbrechens[2]) zu betrachten sey? Unterscheiden wir nun, wie es

1) Vergl. jedoch Hepp Versuche S. 337 ff.

2) Wir halten es jetzt für unpassend, von versuchter und vollendeter Anstiftung zu sprechen, wie es oben Th. I. §. 35. und, wie wir glauben, auf eine noch weiter gehende Weise von Hepp im Archiv N. Folge. 1836. S. 44 ff. u. A. geschehen ist. Die Anstiftung bildet nämlich gar kein besonderes Verbrechen mit einem selbstständigen Thatbestande, sondern ist nur als Versuch des durch den Thäter zu vollführenden Verbrechens zu bestrafen. Von einer gelungenen und nicht gelungenen Anstiftung mag man reden; spricht man dagegen von einem Versuche der Anstiftung, so nimmt man den Versuch eines Ver-

in der Natur der Sache gegründet ist, zwischen gelungener und nicht gelungener Anstiftung, so ist es zunächst wohl klar, daß auf die gelungene Anstiftung der Begriff des beendigten Versuches paßt und daß insoweit auch ein beendigter Versuch bei allen Arten von Verbrechen, selbst bei denjenigen, welche durch die blose Handlung des Thäters vollendet werden, möglich ist. Denn der Anstifter hat hiermit Alles gethan, was von seiner Seite zur Hervorbringung des Verbrechens erforderlich war, und wie wir schon in anderen Fällen gesehen haben, daß die Nothwendigkeit des Hinzukommens einer andern menschlichen Thätigkeit auf Seiten des physischen Urhebers den Begriff des beendigten Versuches nicht ausschließt, so muß dasselbe auch vom Anstifter gelten. Ist aber die gelungene Anstiftung an sich unter den Begriff des beendigten Versuches des Verbrechens zu subsumiren, so kann begreiflicher Weise die größere oder geringere Thätigkeit des hinzutretenden physischen Urhebers, oder das gänzliche Unterbleiben derselben, sey es aus eigener Willensänderung des Thäters, oder wegen zufälliger Hindernisse, auf die Annahme eines beendigten Versuches des Verbrechens auf Seiten des Anstifters keinen Einfluß mehr ausüben. Denn der Angestiftete ist einem willenslosen Werkzeuge zu vergleichen, oder der Absendung eines tödlichen Geschosses, zu dessen Wirksamkeit für die Hervorbringung des Verbrechens der Thäter alles von seiner Seite Erforderliche gethan hat, und es liegt also in der gelungenen Anstiftung nicht blos eine, in

suches an, den weder die Natur der Sache noch das gemeine Recht zu unterscheiden gestattet und kann dann, ins Unendliche fort, immer wieder einen Versuch des Versuches, einen Versuch zu machen u. s. w. aufstellen. Nur insofern ist die Strafbarkeit der Anstiftung selbstständig zu beurtheilen, als sie von der Strafbarkeit des Versuches des Thäters unabhängig ist. Den Behauptungen von Luden über den Versuch des Verbrechens S. 448 können wir auf keine Weise beistimmen.

das Gebiet der Vorbereitungshandlungen fallende Anschaffung des zur Verübung des Verbrechens nothwendigen Mittels, sondern die vollständige Anwendung desselben. — Wie aber, wenn die Anstiftung zwar begonnen wurde, aber nicht gelungen ist? Hier müssen wir wieder folgende Fälle unterscheiden: Entweder der Anstifter wurde in den zur Bewirkung der Anstiftung erforderlichen Handlungen unterbrochen, der Anzustiftende hat sich noch nicht bereit zur Verübung des Verbrechens erklärt, in welchem Falle so viel klar ist, daß man noch nicht von einem beendigten Versuche des Anstifters reden kann, da für ihn immer noch etwas zu thun übrig blieb, z. B. der versprochene Lohn war dem zu dingenden Banditen nicht groß genug; — oder der Anzustiftende hat scheinbar die Ausführung des Auftrages übernommen, war jedoch gleich anfangs entschlossen, das Verbrechen nicht zu verüben. Hier entsteht nur die Frage, ob dem Anstifter ein beendigter, oder nicht beendigter Versuch zur Last falle, und wir glauben uns unbedenklich für das Letztere entscheiden zu können. Denn sowie wir gesehen haben, daß dem Thäter, oder physischen Urheber des Verbrechens, nur ein unbeendigter Versuch zuzurechnen ist, sobald er sich eines untauglichen Mittels bediente, oder seine Handlung gegen ein unrichtiges Object richtete, weil man nicht blos die subjective Meinung, sondern auch die äußere Beschaffenheit der That als entscheidend betrachten muß, so kann auch in dem hier vorliegenden Falle die Entscheidung keine andere als die gegebene seyn. — Uebrigens ist noch zu bemerken, daß auch die noch nicht gelungene Anstiftung nicht rein in das Gebiet der Vorbereitungshandlungen fällt. Allerdings kann sie bei reinen Vorbereitungshandlungen stehen geblieben seyn, z. B. Auswahl eines tauglichen Subjects, Auskundschaftung seiner Gesinnungen, Neigungen und Leidenschaften; allmähliche Demoralisirung und Verführung zu schlechten Hand-

lungen, vorläufige Vorspiegelungen von den Vortheilen der That, ohne bestimmten Rath oder Auftrag [1]). Ist aber letzterer erfolgt, dann kann der Anstifter nicht mehr mit demjenigen verglichen werden, welcher sich erst das Mittel zur Verübung des Verbrechens verschaffen will, sondern hier haben wir schon Ausführung und Anwendung, und er ist mit demjenigen zusammen zu stellen, welcher das Gift unter die Speise zu mischen begonnen hat [2]).

§. 166.

Gehen wir nun weiter in der Betrachtung der Zulässigkeit der Aufstellung bestimmter Stufen des Versuches, so ist so viel unzweifelhaft, daß bei allen Verbrechen, welche nur überhaupt die Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung zulassen, der Versuch ein näherer oder entfernterer seyn kann. Was aber zunächst die gewöhnliche Unterscheidung zwischen conatus proximus [3]) und remotus, nächstem und entferntem Versuche, betrifft, so ist 1) die Bezeichnung an sich eine unrichtige und nicht alle

1) Vergl. Oben Th. I. S. 57. Note 2.

2) Hiernach liegt keine Inconsequenz darin, wie Luden a. a. O. S. 444. 446. meint, wenn man Vorbereitungshandlungen für straflos erklärt und doch den Anstifter auch wegen einer nicht gelungenen Anstiftung verantwortlich macht. Wir wiederholen hier eine schon früher gemachte Bemerkung (Oben Th. I. §. 108), daß Handlungen, welche im Allgemeinen nur als Vorbereitungshandlungen aufgefaßt werden dürfen, doch wegen der eigenthümlichen Beschaffenheit des Verbrechens, (oder des zur Bewirkung des Verbrechens betretenen Weges, könnte man hinzusetzen), zu Handlungen der Ausführung werden können. Daß freilich die Ansicht des römischen Rechts über die Bestrafung der Anstiftung in der Regel eine ganz andere ist, wird sich Unten §. 191 f. zeigen.

3) Die Terminologie del. inchoatum, angefangenes Verbrechen, ist jedenfalls deshalb nicht bezeichnend, weil jeder Versuch ein angefangenes Verbrechen ist. Bauer Anmerk. zum Hannov. Entw. I. S. 390.

Gradationen des Versuches umfassende, indem zwischen dem nächsten und entfernten Versuche offenbar nicht dadurch getroffene Stufen in der Mitte liegen. Will man aber 2) den Ausdruck nächster Versuch (con. proximus) für eine Reihe möglicher Stufen gebrauchen, so ist die Terminologie wieder unpassend, weil die der Vollendung nächste Stufe nur eine seyn kann. Nennen wir ferner 3) mit Mittermaier [1]) nächsten Versuch „die Vornahme der zur Ausführung eines beschlossenen Verbrechens gehörige Haupthandlung, durch welche das beabsichtigte Verbrechen unmittelbar vollendet werden konnte, wo aber die Handlung die vom Gesetze zum Verbrechen gefoderte Wirkung nicht erzeugte, oder wo die Handlung nicht so geendigt worden ist, wie die Gesetze dies zur Vollendung des Verbrechens verlangen", — so ist die letzte Alternative, durch welche diejenigen Verbrechen getroffen werden sollen, welche durch die blose Handlung vollendet werden, in ihrer negativen Fassung so beschaffen, daß sie offenbar eben so gut auf eine entfernte, wie auf eine nahe Versuchshandlung paßt, insofern auch die Vornahme der Haupthandlung wieder ihre Gradationen haben kann, während die erste Alternative mit dem Begriffe des beendigten Versuches identisch ist. Erwägt man nun, daß consequenter Weise da, wo der Eintritt einer gewissen Wirkung zum Verbrechen gehört, auch das letzte Moment der verbrecherischen Thätigkeit noch in das Bereich des nächsten Versuches fallen müßte, so daß wir also wieder zwei Stufen des nächsten Versuches erhalten würden, und bedenkt man ferner, daß da, wo es sich um das Fortschreiten der verbrecherischen Thätigkeit handelt, man im Allgemeinen nicht sagen kann, daß es bis zum Endpunkte derselben nur noch an einem Momente derselben fehle, und daß man eben so

1) N. Archiv Bd. IV. S. 21.

wenig durch ein allgemeines Merkmal bestimmen kann, wo der entfernte Versuch aufhöre und der nächste oder nahe beginne, so wird man (abgesehen von den Vorbereitungshandlungen und wenn wir blos von Stufen des strafbaren Versuches sprechen) auf die Möglichkeit der Aufstellung einer absoluten und durchgreifenden Unterscheidung zwischen nächstem (nahem) und entferntem Versuche für Gesetzgeber und Richter verzichten [1]), und sich

1) A. Chaveau et Hélie Faustin Théorie du Code pénal. Chap. X. p. 146. „Entre ces deux termes extrêmes de l'entreprise criminelle (commencement d'exécution et crime consommé) on peut marquer différents degrés: — Mais le législateur doit-il donc établir des échelons dans la peine selon les progrès de la tentative? Il ne doit indiquer que les degrès qu'il peut constater avec certitude et précision; les nusnces intermédiaires rentrent dans le domaine du jury, car elles appartiennent au fait. — Les deux degrés les plns distincts sont la tentative et le délit manqué;" — eine Unterscheidung, die unserem beendigten und nicht beendigten Versuche entspricht. Denn Délit manqué ist dasselbe was die deutschen Criminalisten durch delictum perfectum, geendigte Unternehmung, beendigten Versuch bezeichnet haben. „Il y a délit manqué, sagt Chaveau, lorsque l'agent a achevé tous les actes qui avaient pour but d'accomplir une action criminelle, mais que cette action n'a pas en l'effet matériel, qu'il en attendsit." Die Definition ist, wie man sieht, nicht so genau, wie die unsrige. Rossi Traité de droit pénal Livr. II. Chap. XXIX. in fin. sagt: „Le crime consommé subjective, mais non objective est un crime manqué;" offenbar dieselbe Idee, welche Klein schon hatte. Genauer bestimmt Rossi im Anfang des Chap. XXXIII. den Begriff dahin: „C'est de l'auteur d'un délit manqué qu'il est exact de dire qu'il a fait tout ce qui était en lui pour exécuter le crime"; nur fehlt der nöthige Nachsatz. Unter den Italiänern hat wohl zuerst Romagnosi Genesi del diritto penale. Pavia. 1791. den Ausdruck delitto mancato nel senso della parola manqué dei Francesi gebraucht und trennt es ebenfalls von dem tentativo. §. 623 ff. „Altri per lo

mit der relativen Bestimmung begnügen müssen, daß der strafbare Versuch näher und entfernter seyn könne [1]). Zugleich ist aber auch darauf hinzuweisen, daß, wenn von einem beendigten und nichtbeendigten Versuche des physischen Urhebers nur bei denjenigen Verbrechen die Rede seyn kann, welche den Eintritt eines gewissen Erfolges zu ihrem Thatbestande verlangen, es als unpassend betrachtet werden muß, bei der andern Classe von Verbrechen von einem nicht beendigten Versuche zu reden, weil der nothwendige Gegensatz des beendigten Versuches hier gar nicht vorkommen kann, mithin hier der nicht beendigte Versuch den logisch nicht richtigen Gegensatz des vollendeten Verbrechens haben würde.

contrario dirige, e spara il colpo di questo fucile contro del suo nemico, ma il colpo va in fallo. Questo è un delitto mancato, perchè non ha avuto il suo effetto, ma io dico, ch'egli ciononostante non deve riguardarsi come semplice tentativo, ma bensì come un delitto consummato."

1) Dieß läßt sich aber von allen Verbrechen behaupten, welche überhaupt einen Versuch zulassen. Die Beispiele, welche Mittermeiar im N. Archiv Bd. IV. S. 19. für seine Behauptung anführt, daß bei gewissen Verbrechen, z. B. Blutschande und Meineid, nur ein s. g. nächster Versuch gestraft werden könne, lassen erhebliche Einwendungen zu. Auch bei diesen Verbrechen lassen sich nähere und entferntere Versuche nach dem Anfange der Ausführung denken, so wie auch Vorbereitungshandlungen, nur daß letztere unserem Prinzipe zufolge als straflos zu betrachten sind. Auch Rossi Traité de droit pénal Livr. II. Chap. XXXI. p. 372. sagt: Il y a des délits commis de sang froid (im Gegensatz zu denjenigen, welche begangen sind dans l'emportement de la colère, welche gar keinen Versuch zulassen sollen; vergl. Oben Th. I. S. 45 f.) dont cependant la véritable tentative est chose presque impossible; on peut les préparer, on peut les exécuter, on ne peut guère les tenter, du moins d'une manière appréciable, sans les consommer: par exemple, la bigamie, la calomnie, surtout verbale." — Vergl. dagegen Hepp im Archiv N. F. 1836. S. 232 ff.

§. 167.

VI. Die neueren Gesetzgebungen und Entwürfe.

Werfen wir zunächst einen Blick auf das französische Recht, so unterscheiden die älteren französischen Juristen mit den Italienern und Deutschen zwischen conatus proximus und remotus hinsichtlich des auch für sie gültigen gemeinen Rechts [1]). Da indessen der Code pénal von 1791 nur den Versuch des assassinat und des homicide par poison für strafbar erklärte, wenn bei dem ersteren eine attaque à dessein de tuer Statt gefunden hatte und im zweiten Falle die Anwendung des Giftes schon versucht worden war, so konnte nun von Stufen des Versuches nicht weiter die Rede seyn und ebenso wenig nach der Loi du 22 Prairial an IV. und dem Code pénal von 1810, welche Gesetze zwar auf eine übereinstimmende Weise die Tentative eines crime, suivie d'un commencement d'exécution, überhaupt für strafbar erklären, allein dadurch, daß sie einen solchen Versuch ohne Weiteres dem vollendeten Verbrechen an Strafbarkeit gleichstellen [2]), jede Unterscheidung von Stufen des Versuchs für irrelevant und unpractisch erklärt haben. Die neuern französischen Juristen unterscheiden nun zwar hinsichtlich der tentative überhaupt les actes internes, die jedenfalls gar nicht in das Gebiet des Versuches, selbst im weitesten Sinne dieses Wortes fallen, — les actes extérieures simplement préparatoires, les actes d'exécution, (tentative im eigentlichen Sinne) und endlich l'exécution elle-même quand

1) Tiraqueau, de poen. temper. aut remitt. Causa XXXVIII. In dessen Tract. varii. Lugd. 1584. Fol. p. 316. Jousse, Traité de la justice criminelle de France. Paris. 1771. Tom. III. P. IV. Titr. XXI. art. 4. Mouyart de Vouglans, Institutes au droit criminel. Paris. 1757. p. 519. Cf. Chaveau Théorie du Code pénal. Chap. X. p. 141.

2) Was auch durch das Gesetz vom 28. April 1832 nicht geändert ist.

elle est suspendue ou manquée, oder le délit manqué [1]), worin sich im Ganzen die nämlichen Stufen erkennen lassen, welche die deutschen Criminalisten durch del. praeparatum, inchoatum und perfectum bezeichnet haben. Allein so richtig es auch ist, wenn die Franzosen die actes préparatoires ganz von dem Gebiete des strafbaren Versuches absondern, so wenig läßt sich die gänzliche Trennung des délit manqué von der eigentlichen tentative und die Bezeichnung durch délit manqué rechtfertigen, welche freilich immer noch weit besser ist, als die durch delictum perfectum, geendigtes Verbrechen. Diese Absonderung und Bezeichnungsweise erklärt den fortdauernden Streit über die natürliche Strafwürdigkeit des s. g. délit manqué und hat ihren Grund in der Ansicht, daß nur so lange von einem Versuche die Rede seyn könne, als die begonnene Ausführung des Verbrechens noch durch den eignen Willen des Thäters unterbrochen werden könne [2]). Allein diese Ansicht findet weder in dem allgemeinen Begriffe des Versuches eine Unterstützung, welcher die ganze verbrecherische Thätigkeit umfaßt, durch welche noch nicht Alles geschehen oder bewirkt ist, was zum Begriffe des Verbrechens gehört, noch läßt sie sich aus Art. 2. des Code pénal begründen, welcher zwar die Strafbarkeit der tentative davon abhängig macht, „si elle n'a été suspendue, ou n'a manqué son effet que par des circonstances

1) Rossi Traité de droit pénal. Livr. II. Chap. XXV. in f. Chaveau Theorie du Code pénal. Chap. X. p 142.

2) Rossi Traité de droit pénal. Livr. II. Chap. XXIX. „— la véritable tentative se reconnait à deux caractères essentiels: 1°. Un commencement d'exécution. 2°. Une exécution commencée qui cependant puisse encore être suspendue ou interrompue, même par la volonté de l'auteur de la tentative." Ebenso Chaveau Theorie du Code pénal. Chap. X. p. 143.

fortuites, ou indépendantes de la volonté de l'auteur", dadurch aber doch offenbar auch den Fall, wenn der Erfolg durch Zufall nicht mit der beendigten verbrecherischen Thätigkeit verbunden war, in das Gebiet der tentative verweist. Auch die P. G. O. Art. 178 sagt: „So sich Jemand einer Missethat untersteht — und doch an Vollbringung derselben durch andere Mittel, wider seinen Willen verhindert würde"; woraus jedoch ebenfalls nicht folgt, daß es kein Versuch des Verbrechens sey, wenn der Wille des Thäters keinen Einfluß mehr auf die Vollendung des Verbrechens haben konnte, sondern nur soviel, daß die mit seinem Willen unterbliebene Vollendung ihn von der Strafe befreie. — Uebrigens dürften auch die gelegentlich beim délit manqué angeführten Beispiele den Begriff desselben nicht gänzlich erfüllen [1]).

§. 168.

Was die neuern Deutschen Gesetzgebungen betrifft, so unterscheidet:

1. Das Preußische Landrecht [2]) in der von Klein aufgestellten Weise, ohne sich jedoch dabei bestimmter Terminologien zu bedienen, a. den Fall, wenn der Thäter von seiner Seite Alles zur Vollziehung des Verbrechens gethan hat, wobei aber die zum Wesen der strafbaren Handlung erforderliche Wirkung durch einen blosen Zufall ver-

1) Chaveau Théorie Chap. X. p. 149. zählt dazu: Si le crime a manqué son effet parce que le remords a fait trembler la main du coupable, parce que l'hésitation s'est attachée à ses derniers actes, parce que son trouble l'a trahi, ces agitations et ces craintes, qui décèlent une âme inaccoutumée au crime. S. dageg. Weber im N. Archiv. Bd. IV. S. 35. 36. und Oben §. 163.

2) Th. II. Tit. 20. §. 40-42.

hindert worden ist (s. g. del. perfectum); b. von dem Falle, wenn der Thäter durch einen blosen Zufall an der letzten zur Ausführung des Verbrechens erforderlichen Handlung gehindert wurde (s. g. del. inchoatum), und diesen wieder c. von den vorläufigen Anstalten zum Verbrechen, die durch Zufall unterbrochen wurden, (s. g. del. praeparatum,) und redet nur bei den letzteren von dem Verhältnisse des Fortschrittes der verbrecherischen Thätigkeit zur wirklichen Vollziehung.

2. das Oestereichische Gesetzbuch über Verbrechen v. 1803, welches auf eine durchaus nicht zu rechtfertigende Weise den Versuch in §. 7. für das Verbrechen selbst erklärt [1]), ihn dann aber doch unter den Milderungsgründen in Rücksicht auf die Beschaffenheit der That aufzählt (§. 40.), redet dabei von dem Maße, in welchem der Versuch noch von der Vollbringung des Verbrechens entfernt gewesen, und erkennt dadurch allerdings die Möglichkeit verschiedener Grade oder Stufen desselben an. So sehr man nun auch das richterliche Ermessen in zu enge Fesseln schlagende Unterscheidungen mißbilligen muß, so dürfte doch das österreich. Gesetz, welches hier Alles der richterlichen Willkühr überläßt, gar zu allgemein und unbestimmt seyn. Die Oesterreichischen Criminalisten aber, welchen das Gesetz ganz freie Hand gelassen hat, schließen sich bei Aufstellung der Hauptstadien des Versuches der gemeinrechtlichen Theorie an [2]).

1) S. Oben Th. I. §. 21. Not. 2.

2) So unterscheidet z. B. Jenull, das Oesterreich. Criminalr. Th. I. S. 419 f., welcher auch Vorbereitungshandlungen in das Gebiet des Versuches zieht (vergl. Oben Th. I. §. 120.), vier Hauptstufen: die Vorbereitung zum Verbrechen oder den entferntesten Versuch; die eigentliche Unternehmung des Verbrechens od. den entfernten Versuch; das Beginnen der Schlußhandlung od. den nahen Versuch und die Beendigung der Schlußhandlung, ohne (im gesetzlichen Sinne bewirkte) Vollbringung des Verbrechens, oder den nächsten Versuch.

3. Das Baierische Strafgesetzbuch von 1813 hat mit Recht die Unterscheidung zwischen dem vollbrachten (del. consummatum) und dem geendigten Verbrechen (del. perfectum) verworfen. Denn wenn, heißt es ganz richtig in den Anmerkungen[1]), der gesetzliche Begriff eines Verbrechens den Eintritt eines bestimmten Erfolges fodert, so ist die Handlung des Verbrechens, welche den Erfolg nicht hatte, nur ein Versuch. — Dieß ist aber kein Grund, um auch die Unterscheidung zwischen dem beendigten und nicht beendigten Versuche zu verwerfen. Auch unterscheidet das Gesetz auf eine nicht zu billigende Weise[2]) zwischem dem nächsten und entfernten Versuche. Denn es nimmt den ersteren an, sobald der Uebertreter schon in derjenigen Handlung begriffen war, durch welche das Verbrechen oder Vergehen sogleich und unmittelbar in Wirklichkeit gebracht werden sollte[3]), womit der Fall der geendigten, aber ohne Erfolg gebliebenen Haupthandlung für gleichbedeutend erklärt wird, während unter dem entfernten Versuche blose Vorbereitungshandlungen verstanden werden. Gegen diese Unterscheidung ist einzuwenden, daß a) die Eintheilung in nächsten und entfernten Versuch an sich nicht logisch richtig ist[4]); b. daß dadurch die nach richtigen Grundsätzen nur ausnahmsweise strafbaren Vorbereitungshandlungen in das Gebiet des strafbaren Versuches gezogen werden; c. daß hiernach nächster Versuch und Anfang der Aus-

1) Th. I. S. 179.

2) Abgesehen von den viel zu harten und viel zu bestimmten Strafdrohungen, wovon erst weiter Unten die Rede seyn kann.

3) Strafgesetzb. I. Art. 60.

4) Denn offenbar fehlt es an dem Mittelgliede des nahen Versuches, und der Fehler ist der nämliche, wie wenn der Gesetzgeber z. B. blos die geringe und die größte Fahrlässigkeit unterscheiden wollte. Gönners Motive zum Baier. Entw. v. 1822. S. 79.

führung, mit welcher nach anderen in dieser Hinsicht besseren Legislationen erst die Strafbarkeit des Versuches beginnt, wie sich insbesondere aus den Anmerkungen zu Art 60 ergiebt, als gleichbedeutend erscheinen, während doch vom Anfang der Ausführung bis zur Vollendung eine ganze Reihe, im Voraus nicht berechenbarer Stufen vorkommen können, so daß also ein nächster Versuch im Sinne des Baier. Strafgesetzbuches noch ein sehr entfernter Versuch im richtigern Sinne seyn kann, und zwischen seinem nächsten Versuche und dem vollendeten Verbrechen eine große Lücke ist[1]). Die Nachtheile dieser Gesetzgebung, und wie sie in der Anwendung zur empörendsten Härte führen muß, werden erst Unten bei Betrachtung des Maßes der Strafbarkeit hervortreten können.

4. Das Königl. Sächsische Criminalgesetzbuch vom 30 März 1838 hat es gänzlich vermieden, bestimmter Eintheilungen des Versuches zu gedenken. (Vergl. Art. 25. 26.) Dagegen sind Vorbereitungshandlungen ganz vom Gebiete des strafbaren Versuches ausgenommen (Art. 29.), so daß diese jedenfalls also auch nicht unter den Begriff eines entfernten Versuches fallen. Die Beurtheilung der Art und Weise der Bedrohung des Versuches gehört noch nicht hierher; doch ist schon jetzt der gänzliche Mangel auch nur einer gesetzlichen Andeutung zu mißbilligen, daß es verschiedene Stufen der Strafbarkeit des Versuches nach Verhältniß des Fortschreitens der verbrecherischen Thätigkeit gebe.

§. 169.

In den neuern Strafgesetzentwürfen sind die Eintheilungen oder Grade des Versuches ebenfalls auf eine sehr verschiedene Weise behandelt. In dem Kleinschrodschen Entwurfe zu einem peinl. Gesetzb. für die Chur-Pfalz-

1) Dieß wurde selbst von Feuerbach in der Kritik des Kleinschrodschen Entw. Th. I. S. 108 scharf gerügt.

Bayrischen Staaten wird zwischen dem nächsten und entfernten Versuche unterschieden und der erstere als diejenige „Lage" (?) bezeichnet, wenn die Haupthandlung von ihrem Urheber wirklich angefangen worden ist. Obgleich Feuerbachs scharfe Kritik dieser Bestimmung die Schwächen und Fehler derselben in ein helles Licht stellte [1]), so ist doch, abgesehen von einzelnen Ausdrücken, die Bestimmung des Baierischen Strafgesetzbuches, wie schon gezeigt wurde, eigentlich um Nichts besser. Noch weniger zu billigen sind die Unterscheidungen des Eggers'schen Entwurfes für Holstein [2]). Derselbe unterscheidet das vollendete, das angefangene Verbrechen und den Versuch. Das zweite ist vorhanden, wenn der Thäter von seiner Seite Alles that, was zur Vollziehung gehörte, ohne daß die gesetzlich erforderliche Wirkung eintrat [3]), oder, wenn er an der letzten zur Ausführung des Verbrechens erforderlichen Handlung gehindert wurde. (§. 25. 26.) Versuch ist anzunehmen, wenn Jemand die Vorbereitungen zu einem Verbrechen machte und im Begriff war die Haupthandlung anzufangen (§. 30.) und dazu gehört (§. 35.), auch die Drohung mit Begehung eines Verbrechens (!). Es würde überflüssig seyn, die Mängel dieser schon in der Bezeichnung höchst unpassenden Unterscheidung hervorzuheben, und dasselbe gilt von dem Entwurfe für das Russische Reich von L. H. v. Jacob, welcher den Versuch erster und zweiter Classe [4]) unterscheidet (§. 7. 8.) und die Drohung

1) Feuerbach Kritik des Kleinschrod. Entw. Th. I. S. 107 f.

2) Entw. eines peinl. Gesetzb. für die Herzogth. Schleswig u Holstein. von C. U. D. Freih. v. Eggers. Kiel 1808. §. 22 f.

3) Diesen Begriff wendet der §. 29 auch auf das mit Fahrlässigkeit angefangene aber nicht vollendete Verbrechen an!

4) Unter dem Versuche 2ter Classe werden Vorbereitungshandlungen verstanden; der Versuch 1ster Classe dagegen „besteht in solchen Handlungen, die, wenn nicht andere Umstände ihren Erfolg ge-

gar einen Versuch des Versuches nennt. — Doch es würde uns zu weit führen, wollten wir alle seit Anfang des dritten Jahrzehndes dieses Jahrhundert erschienenen Entwürfe[1]) durchgehen, und wir begnügen uns daher mit der Bemerkung, daß als der erste Entwurf, worin sich ein wissenschaftlicher Fortschritt und eine richtigere Auffassung der Sache kund giebt, der Hannoversche Entwurf von 1825[2]) zu betrachten ist, worin zwischen dem beendigten und nicht beendigten Versuche unterschieden und unter Ausschließung der Vorbereitungshandlungen anerkannt wird, daß sich weiter keine durch ein sicheres Merkmal zu unterscheidende Stufen des (nicht beendigten) Versuches aufstellen lassen, so mannichfach auch der Grad der Annäherung an die Vollendung seyn kann. Dieselbe Ansicht liegt dem Würtembergischen Entwurfe[3]) von 1835 zu Grunde, der jedoch den Ausdruck „nicht beendigter Versuch" vermieden hat, während der Badische Entwurf von 1837 wieder zu dem älteren Gegensatze von nächstem und entferntem Versuche zurückgekehrt ist, aber unter ersterem weiter Nichts als den beendigten Versuch versteht[4]) und entfernten

hindert hätten, ohnfehlbar das Verbrechen würden vollendet haben; oder (!) wenn aus den Zubereitungen zur That, und aus mehreren andern Umständen (??) sichtbar ist, daß die Ausübung des Verbrechens bloß wegen eintretender Besorgnisse abgebrochen und aufgeschoben worden ist". Dieß Letztere ist geradezu Unsinn zu nennen!

1) Der Baierische Entw. v. 1822 hat den Knoten dadurch zerhauen, daß er gar nicht von Graden oder Stufen des Versuches spricht. Vergl. Gönners Motive S. 79. 80.

2) Art. 41. 42.

3) Art. 58. 59. Der Norwegische Entwurf stellt mit einer nicht so passenden Bezeichnung im Kap. III. §. 2. 3. den vollendeten und nicht vollendeten Versuch einander gegenüber. Vergl. Abegg's kritische Betrachtung dieses Entw. Neustadt. 1835. S. 42. 43.

4) Art. 97.

Versuch diejenigen Handlungen nennt, durch welche die Ausführung eines beabsichtigten Verbrechens angefangen worden ist[1]), wodurch aber begreiflicher Weise Nichts gewonnen wird, da es fest steht, daß früher überhaupt nicht von einem strafbaren Versuche die Rede seyn kann und es vielmehr auf eine Bestimmung des Endpunktes des entfernten Versuches ankommen würde. Wie die Gegensätze jetzt im Entwurfe gebildet sind, wird, so lange der Thäter von seiner Seite noch nicht Alles gethan hat, immer nur von einem entfernten Versuche die Rede seyn können, und bei Verbrechen, die keinen Erfolg zu ihrem Thatbestande verlangen, wird überhaupt nur ein entfernter Versuch zu strafen seyn, was doch gewiß nicht zu billigen ist.

1) Art. 91. Ebenso der Entw. eines republican. Gesetzb. von L. Frey. Bern 1835. Art. 83. 84. 86.

Sechstes Kapitel.

Von der relativen Strafbarkeit des Versuches.

Erster Titel.

Von der relativen Strafbarkeit des Versuches nach allgemeinen Gründen des Strafrechts und der Strafrechtspolitik.

§. 170.

Einleitung.

Nach der Beantwortung der Frage, ob und in wieweit der Versuch überhaupt einer bürgerlichen Strafe unterliege und nach der Aufstellung und näheren Betrachtung der Eintheilungen, Stufen oder Grade des Versuches, können wir uns zur Erörterung der relativen Strafbarkeit desselben, d. h. zu der Frage wenden, wie groß die Strafbarkeit des Versuches im Verhältnisse zu dem vollendeten Verbrechen und nach verschiedener Beschaffenheit der Versuchshandlung selbst sey? Diese Frage, — gewiß eine der wichtigsten der ganzen Lehre, — ist aber, wie es auch schon früher bei der Betrachtung der absoluten Strafbarkeit geschehen ist, theils nach den allgemeinen Forderungen des Strafrechts und der gesetzgeberischen Klugheit, theils mit Rücksicht auf die Aussprüche des positiven Rechts zu betrachten und umfaßt wieder 1) die Strafbarkeit des Versuches im Verhältniß zu dem vollendeten Verbrechen und 2) die bei der Würdigung der Strafbarkeit der Versuchshandlung an sich zu beachtenden Momente.

Digitized by Google

§. 171.

I. Der Versuch ist immer weniger strafbar als die Vollendung.

Sowie überhaupt den Menschen schon eine innere natürliche Stimme darüber belehrt, daß man nicht jedes Vergehen mit demselben Maße messen und nicht alle verbrecherischen Handlungen der nämlichen Strafe unterwerfen könne, sondern daß sich nach der Schwere des Verbrechens auch die Größe der Strafe richten müsse [1]); so macht sich in dem natürlichen Gerechtigkeits-Gefühl des Einzelnen und des ganzen Volkes auch von selbst die Unterscheidung zwischen der Strafe des vollendeten und der des blos versuchten Verbrechens geltend, und es sträubt sich gegen die Behauptung, daß z. B. Derjenige, welcher nur die Tödtung eines Menschen versuchte, ebenso wie der wirkliche Mörder seine That mit dem Leben zu büßen habe. Es kann freilich seyn, daß der größte Theil der Menschen für ein solches natürliches Gefühl keine Gründe anzugeben vermag; allein das Strafrecht, welches ja gerade auf die große Menge zu wirken hat, kann dessenungeachtet solche unwillkührlich im Volke sich geltend machende Ansichten nicht unberücksichtigt lassen [2]). Den Beweis aber dafür, daß wirklich das natürliche Gefühl die Forderung aufstelle: Der Versuch dürfe nicht so hart geahndet werden wie die Vollendung, finden wir in der Geschichte des Strafrechts. Sie lehrt uns, daß, wenn auch die Gesetzgeber einem einseitigen Prinzipe der Abschreckung huldigend, zuweilen den Versuch der nämlichen Strafe unterworfen haben, wie die Vollendung, (entweder überhaupt,

1) Horat. Satir. I. 3. v. 119. „Adsit Regula peccatis, quae poenas irroget aequas, Ne scutica dignam horribili sectere flagello". Mehrere andere schöne Aussprüche über diese sich dem Menschen von selbst aufdrängende Wahrheit stellt zusammen Hepp, üb. d. Gerechtigkeits- und Nutzungs-Theorien des Auslandes. Heidelb. 1834. S. 10.

2) Rossi Traité de droit pénal. Livr. II. Chap. XXXI. p. 362.

oder nur bei gewissen Verbrechen), doch überall, wo sich das Recht aus dem Volke selbst entwickelte und es den Richtern überlassen war, der Volksansicht gemäß, das Maß der Strafbarkeit zu bestimmen, das versuchte Verbrechen mit dem vollendeten nicht auf gleiche Stufe der Strafbarkeit gestellt worden ist, ja daß sich selbst gegen das geschriebene Recht das natürliche Gefühl, so zu sagen mit Gewalt, in einer derogatorischen Gewohnheit geltend machte. So fanden die Griechen im Mißlingen des verbrecherischen Versuches selbst einen Wink der Gottheit, welche den Verbrecher selbst vor der das größere Uebel begleitenden Strafe habe bewahren wollen, und bei den Römern hat, wenn auch einzelne Gesetze, wie wir unten sehen werden, den Versuch (wie wir sagen), der Vollendung gleichstellten die allgemeine Rechtsansicht sich doch dafür entschieden, daß bei der Bestrafung hauptsächlich der Eventus zu berücksichtigen sey. Im Mittelalter aber, wo die Glossatoren und italiänischen Practiker in dem römischen Rechte eine allgemeine Regel über die gleiche Strafbarkeit des affectus und des effectus zu finden glaubten, gestand man doch der in eine generalis consuetudo übergegangenen natürlichen Rechtsansicht eine derogatorische Kraft zu, was dann unsere P. G. O. gesetzlich sanctionirte. In Frankreich aber, wo der Code pénal die tentative suivie d'un commencement d'exécution bei den crimes der Vollendung an Strafbarkeit gleichstellt, hat es von Anfang an nicht an Stimmen gefehlt, welche die ungerechte Härte dieses Gesetzes beklagt und bekämpft haben, und wenn sie auch durch das Gesetz von 28. April 1832 leider nicht abgestellt worden ist, so sind wir doch überzeugt, daß sich das natürliche Rechtsgefühl bei den Geschwornen meistens dadurch geltend machen wird, daß sie, im Falle eines bloßen Versuches, auf das Daseyn von circonstances atténuantes erkennen und dadurch indirect die Härte des Gesetzes mildern werden.

§. 172.

A. Rechtsgründe für die geringere Strafbarkeit des Versuches.

Doch fragen wir nun nach den Rechtsgründen der schon durch das natürliche Gerechtigkeitsgefühl des Menschen gebilligten Ansicht, so ergeben sie sich leicht aus den Grundprincipien des bürgerlichen Strafrechts. Denn wenn man dasselbe auch nicht blos auf die Sicherung gegen wirkliche Rechtsverletzungen beschränken darf, indem der Staat ohne Zweifel auch das Recht hat Vergehen gegen die Sittlichkeit zu ahnden, sobald sie zugleich die äußere rechtliche Ordnung und die dieselbe bedingenden Einrichtungen des Staates verletzen oder auf eine unzweifelhafte Weise gefährden, so ist es doch eben nur die äußere rechtliche Ordnung, welche der Staat durch die ihm zu Gebote stehenden Zwangsmittel und so auch durch die Strafe gegen willkührliche Eingriffe des zurechnungsfähigen Menschen zu schützen hat. Hierbei muß er allerdings das Daseyn eines gesetzwidrigen Willens als Grundbedingung für die Möglichkeit einer rechtlichen Bestrafung betrachten, allein nie ist dieser Wille allein und an sich Gegenstand der Bestrafung, sondern nur die aus dem Willen des Menschen hervorgegangene That. Das Verhältniß der That zur Außenwelt ist demnach für den bürgerlichen Richter zunächst der Maaßstab für Bestimmung der Strafe und nur folgeweise die Beschaffenheit der Willensbestimmung. Dieß ist zu allen Zeiten und bei allen Völkern als Grundprincip des bürgerlichen Strafrechts betrachtet worden, und nur darin zeigen sich Verschiedenheiten, daß man auf die Beschaffenheit der zur That gewordenen Willensbestimmung mehr oder weniger Gewicht gelegt hat. Sowie nun die Berechtigung zur bürgerlichen Strafe ganz cessirt, wenn der Wille gar nicht zur gesetzwidrigen That geworden ist, so muß consequenter Weise auch die unvollkommene verbrecherische That von Einfluß auf die Beurtheilung der

Strafbarkeit seyn, weil man außerdem wenigstens theilsweise blos den verbrecherischen Willen zum Gegenstand der Strafe machen würde. Man wende nicht dagegen ein, daß hieraus die gänzliche Straflosigkeit des Versuches als solchen folge, indem man dann nur den Erfolg und die äußere Beschaffenheit der That berücksichtigen und den darüber hinausgehenden verbrecherischen Willen ganz außer Acht lassen müsse. Denn dieß würde nur ein durch einen logischen Sprung bewirktes Verfallen in das entgegengesetzte Extrem des rein objectiven Standpunktes seyn, während doch das richtige Princip auch hier in der Mitte liegt. Dieses besteht aber in einer Vereinigung des objectiven und subjectiven Maaßstabes, vermöge welcher, nächst der äußern Beschaffenheit der That, auch die Art der verbrecherischen Willensbestimmung (ob dolus oder culpa) und die Richtung des Willens um so weniger unbeachtet bleiben darf, als, abgesehen von der hier nicht in Betracht kommenden sehr verschiedenen moralischen Verschuldung, offenbar auch die Gefährlichkeit der That für den rechtlichen Zustand bei einem über dieselbe hinausgehenden verbrecherischen Vorsatze bedeutend größer ist, als da, wo es an einem solchen Vorsatze fehlte. Denn es wird niemand leugnen, daß da wo der Mensch seinen Willen auf die Bewirkung eines gewissen strafbaren Erfolges richtet und die der Erfahrung nach dazu nothwendigen und dienlichen Mittel ergreift, eine höhere Wahrscheinlichkeit für die Bewirkung des Erfolges vorliege, als wenn er ohne diese Absicht eine Handlung vornimmt, welche nur durch Zufall die nämliche Wirkung hervorbringen kann. Es ist also nicht blos der böse Wille, den die Gesetze bei einer Bestrafung des Versuches im Auge haben, sondern die daraus hervorgehende größere (objective) Gefährlichkeit der Handlung für den rechtlichen Zustand, und da diese Gefährlichkeit offenbar mit jedem Momente der fortschreitenden verbrecherischen Thä-

tigkeit wächst, so ergiebt sich hieraus von selbst das weitere Prinzip[1]): Der Versuch ist um so strafbarer, je näher der Verbrecher der Vollendung des Verbrechens gekommen ist.

§. 173.

Ganz ungegründet ist aber die neuerlich gemachte Behauptung, daß, da das zwischen den Versuch und die Vollendung eintretende Hinderniß unabhängig von der Willkühr des Verbrechers sey, die Beachtung von Graden des Versuches und eine daraus hergeleitete größere oder geringere Strafwürdigkeit als etwas ganz Unstatthaftes betrachtet werden müsse. „Denn da der feste Wille das Verbrechen zu verüben, überhaupt Bedingung für die Strafbarkeit des Versuches sey, so könne eine neue verbrecherische Kraftäußerung keine größere Stärke und Festigkeit des widerrechtlichen Willens bekunden. Wer in tödtlicher Absicht mit dem Pistol seinem Feinde auflaure, wer schon

1) In diesem Prinzipe stimmen Alle auch ohne Rücksicht auf das positive Recht überein, welche überhaupt und insoweit sie eine geringere Strafbarkeit des Versuches anerkennen. Hugo Grotius de jure belli et pacis. Lib. II. Cap. 20. §. 30. „Injustitia eo major est, quo majus damnum infertur. Ideo primum locum occupent delicta consummata, postremum quae ad actus aliquos, non ad ultimum, processerunt, in quibus tanto quidque est gravius, quo ulterius processit". Feuerbach Revision der Grundbegr. des peinl. Rechts. II. §. 28. Oerstedt Grundregeln §. 21. Kleinschrod system. Entw. I. §. 70. Tittmann Handb. der Strafrsw. I. §. 50. S. 81. Cropp de praecept. jur. Rom. I. p. 49. Hepp Versuche S. 355. Lelièvre de conat. deliuq. p. 322. Chaveau Théorie du Code pénal Chap. X. p. 146. Rossi Traité de droit pénal. Livr. II. Chap. XXXI. p. 366. Mittermaier im N. Archiv Bd. IV. S. 23. Romagnosi Genesi II. §. 756 ff. Bauer Anmerk. z. hannov. Entwurfe I. S. 397.

das Gift gemischt habe, sey eben so strafbar, wie derjenige, welcher das Pistol abgeschossen oder das Gift vorgesetzt und eingegeben habe" [1]). Ob diese Ansicht dem positiven Rechte entspreche, ist eine andere noch nicht hierher gehörige Frage; daß sie aber nach allgemeinen Gründen unhaltbar sey, läßt sich bei näherer Prüfung nicht verkennen. Denn sie beruht offenbar auf einer einseitigen Beachtung des subjectiven Maaßstabes und, was den letzteren betrifft, wieder auf der ganz unrichtigen Voraussetzung, daß der widerrechtliche Wille, wenn er fest genug sey um die Ausführung des Verbrechens zu beginnen, ohne die Dazwischenkunft des fremden Hindernisses auch bis zur Vollendung fortgeschritten seyn würde. Dieß läßt sich aber auf keine Weise behaupten, und da wir die Festigkeit des Willens nur aus den daraus hervorgegangenen Handlungen erkennen können, so müssen wir auch zugeben, daß jemehr sich die Handlungen der Vollendung des Verbrechens nähern, desto größer und stärker auch der widerrechtliche Wille selbst sey. Wie will man denn den Beweis führen [2]), daß

1) Luden über den Versuch des Verbrechens S. 48. 49.

2) Vergl. Rossi Traité de droit pénal. Livr. II. Chap. XXXI. p. 363. „N'oublions pas que c'est uniquement de la justice des hommes qu'il est ici question, et qu'il peut être question. Pour la justice éternelle, la volonté de l'individu n'est point un mystère; les degrés de sa perversité sont comptés; que son méfait soit interrompu, cela n'ôte en rien la connaissance de ses intentions; la justice éternelle peut toujours dire avec certitude: Tu aurais persévéré dans ton projet, rien ne pouvait plus t'arrêter; ton ame était fermée au repentir. — L'homme ne connait la volonté de son semblable que par les faits qui la révèlent. Aussitôt que les faits cessent, la lumière disparait. La tentative est suspendue par un événement fortuit; mais sans cet événement le crime aurait-il été consommé? Cela est possible; si l'on veut, probables, mais rien de plus".

Derjenige, welcher in tödtlicher Absicht bewaffnet auflauerte, auch den Muth und die Kraft haben werde, von der Waffe Gebrauch zu machen, wenn nicht ein anderes Hinderniß dazwischen getreten wäre, und nehmen wir an, daß es der Verbrecher selbst versicherte, können wir darin einen hinreichenden Beweis finden? Ist der Mensch so ganz Herr über die Regungen des Gewissens, die Gefühle der Reue, der Furcht und des Mitleids, daß man seiner eigenen Versicherung, er würde unaufhaltsam auf der Bahn des Unrechts fortgeschritten seyn, die Kraft eines vollen Beweises beilegen könnte? Liefert die Erfahrung nicht Beispiele, daß die schon zum tödtlichen Streiche erhobene Waffe der zitternden Hand des Verbrechers entfiel? — Die Ansicht, der wir hier entgegentreten, ist also, selbst wenn wir rein den subjectiven Standpunkt behaupten [1]), unrichtig und behandelt den Menschen als ein Wesen, welches unwillkührlich zur Ausführung des einmal Beschlossenen fortgerissen werde. Sie ist es aber noch in viel höherem Grade, sobald wir, wie unumgänglich nothwendig ist, die Sache zugleich von der objectiven Seite auffassen und bedenken, daß mit der fortschreitenden verbrecherischen Thätigkeit die Gefahr für den Bedrohten und für die Vollendung der Gesetzesübertretung überhaupt in steigender Progression wächst. Die Ursache der unterbliebenen Beendigung ist allerdings blos auf die subjective Strafbarkeit von Einfluß; dagegen gehört die Beurtheilung der relativen Strafbarkeit nach dem Grade der verbrecherischen Thätigkeit, ganz unzweifelhaft zu den objectiven Strafzumessungsgründen [2]). Beides wird aber in der gemißbilligten Ansicht völlig mit einander verwechselt.

1) Vgl. Mittermaier im N. Archiv. Bd. IV. S. 23.

2) Feuerbach Lehrb. des peinl. Rs. §. 111. Bauer Lehrb. des Strafrs. §. 78.

§. 174.

Dieselben Gründe streiten aber auch überzeugend gegen die Einwendungen, welche man gegen die geringere Strafbarkeit des versuchten Verbrechens im Verhältniß zum vollendeten überhaupt gemacht hat. Abgesehen von dem beendigten Versuche, (con. perfectus; del. perfectum; delit manqué,) von welchem noch besonders die Rede seyn muß, ist es hauptsächlich 1. eine unrichtige Würdigung der subjectiven Strafbarkeit und 2. ein gänzliches Verkennen des im bürgerlichen Strafrechte stets und zunächst festzuhaltenden objectiven Standpunktes, welches zu der Behauptung geführt hat, daß der Versuch des Verbrechens eben so hart zu strafen sey, wie die Vollendung. Denn wenn man behauptet, der Verbrecher habe durch den Versuch, der durch ein zufälliges Hinderniß vereitelt wurde, den bösen Willen schon in seiner ganzen Stärke gezeigt und Alles, was man vom Gesetzgeber verlangen könne, sei die Straflosigkeit des Versuches für den Fall des freiwilligen Rücktritts [1]), so ist jene Behauptung, wenigstens was den nicht beendigten Versuch betrifft, an sich unrichtig und es wird dabei der böse Wille in der That zum alleinigen Gegenstand der Bestrafung gemacht. Das Gesetz muß dann die Präsumtion aufstellen, daß ohne das eingetretene Hinderniß der verbrecherische Wille bis zur Vollendung fortgedauert haben würde, eine Präsumtion, die an sich falsch und unbegründet ist [2]), da man dieß nie mit Gewißheit sagen kann, und zugleich mit der doch angenommenen Möglichkeit eines freiwilligen Abstehens des Thäters von der Vollendung im unvereinbarsten Widerspruche steht. Es widerspricht mithin schon den Grundsätzen

1) So Treilhard bei der Berathung über Art. 2 des Code pénal. Chaveau Théorie du Code Chap. X. p. 142.

2) Rossi Traité de droit pénal. l. c. Lelièvre de con. delinq. p. 329-331. Chaveau l. c. p. 145. Romagnosi l. c. §. 760.

einer blos moralischen Zurechnung, wenigstens insoweit sie von Menschen gegen Menschen ausgehen kann, deshalb, weil die Vollendung des Verbrechens möglich, oder selbst wahrscheinlich war, die That so zuzurechnen, als wäre sie vollendet [1]). Und wie will man sie irgend mit der nothwendigen Berücksichtigung der Beschaffenheit und Folgen der That vereinigen, welche als einziger sicherer Erkenntnißgrund des Willens im bürgerlichen Strafrechte, vermöge des Rechtsgrundes und wesentlichen Zweckes desselben, überwiegend seyn muß und auch meistens von denselben Schriftstellern und Gesetzgebungen anerkannt wird, welche inconsequent genug den Versuch und die Vollendung der nämlichen Strafe unterwerfen [2]), indem sie sich dabei hinter dem Schilde einer einseitigen Sicherungs-Abschreckungs-Präventions- oder andern Strafrechtstheorie verstecken [3]).

1) Rossi l. c. p. 374. „Ainsi toute la partie de l'imputation qui dépasse l'instant de la suspension de la tentative, est une imputation hasardée; c'est imputer ce que l'on ignore; c'est punir la pensée par conjecture. Cependant si la peine doit être la même que celle du crime consommé, il faut la même certitude non-seulement sur la volonté de l'agent, mais sur la persévérance de cette volonté. Sans cela, on peut croire faire une loi utile; mais il ne faut point parler de justice". Lellèvre de con. delinq. p. 295. Romagnosi Genesi di diritto penal. Vol. II. §. 760 ff. Kleinschrod system. Entw. der Grundbegr. des peinl. Rs. Th. 1. S. 70. „Und wenn man auch zugiebt, daß von dem Urheber des Versuches zu vermuthen sey, er werde seine Handlung vollenden: so ist doch diese Vermuthung nicht hinlänglich, deswegen bei dem Versuche volle Strafbarkeit anzunehmen, da Vermuthung allein keine Strafe begründen kann".

2) Z. B. bei Verwundungen und bei der Culpa, wie der Code pénal.

3) So z. B. Caj. Filangieri System der Gesetzgeb. aus dem Italien. übers. Ansp. 1787. IVter Bd. S. 266 ff. welcher den Nach-

§. 175.

B. Politischer Grund.

Zu den angeführten und aus der Natur des bürgerlichen Strafrechts überhaupt abgeleiteten Rechtsgründen für

theil, welcher der Gesellschaft zugefügt wird, als den vornehmsten Maaßstab des Verbrechens betrachtet, in Beziehung auf unsere Frage aber doch zur Gleichstellung des Versuches und der Vollendung kommt, sobald sich ersterer in einer vom Gesetze selbst verbotenen Handlung, z. B. Verschwörung, Dingung eines Banditen u. s. w. gezeigt habe. Denn der Endzweck der Strafen sey blos Sicherheit und Belehrung (Abschreckung). „Wenn also, sagt Filangieri, die Strafe, die auf das Verbrechen folgt, blos dazu bestimmt ist, die Gesellschaft vor der Treulosigkeit des Verbrechers zu bewahren und die andern von der Nachahmung seines Beispiels abzuhalten, so finden sich bei dem Willen das Gesetz zu übertreten, der mit einer vom Gesetze selbst verbotenen Handlung begleitet ist, beide Beweggründe der Strafe. Der Verbrecher hat seine Treulosigkeit gezeigt, die Gesellschaft hat ein unseliges Beispiel davon empfangen. Das Unternehmen sey nun von einem glücklichen Erfolge begleitet oder nicht, so sind doch die beiden Beweggründe zur Strafe auf gleiche Art vorhanden. Dieselbe Ursache muß also dieselbe Wirkung hervorbringen; und diese Wirkung ist die Gleichheit der Strafe." Ferner: „Das Verbrechen ist nichts anderes als die Uebertretung eines Vertrags. — Der Vertrag ist übertreten, wenn gleich der Erfolg der Handlung den Absichten des Uebertreters nicht entsprochen hat; die Strafe muß also eben dieselbe seyn, die er verdient haben würde, wenn er seine Absicht erreicht hätte." S. dageg. Lelièvre de conat. delinq. p. 307-311. Romagnosi Genesi Vol. II. §. 750 ff. — Cropp de praec. jur. Rom. circa pun. conat., welcher (p. 13.) die Strafe als Ersatz des durch das Verbrechen angerichteten idealen Schadens betrachtet, will auch (mit einer Unterscheidung) Gleichheit der Strafe des versuchten und vollendeten Verbrechens. Denn der in Verletzung der Heiligkeit des Gesetzes bestehende ideale Schade sey ein und derselbe. (p. 19.) Zu einem andern Resultate kommt Lelièvre l. c. p. 290 ff. mit der nämlichen Theorie. Der ideale Schade, das verminderte Vertrauen der Bürger auf die Kraft des Ge-

die geringere Strafbarkeit des Versuches überhaupt und für die Gradation der Strafe desselben nach dem Verhältnisse seiner Annäherung an die Vollendung, tritt aber auch noch ein wichtiger politischer vom Gesetzgeber wohl zu beachtender Grund [1]), auf welchen unter den neuern Schriftstellern über das natürliche Strafrecht und die Strafpolitik besonders Beccaria [2]) aufmerksam gemacht hat. „Man ist, sagt Beccaria, allerdings den Versuch zu strafen berechtigt, weil viel daran gelegen ist, selbst die ersten Versuche zu einem Verbrechen zu verhindern. Da aber zwischen einem Anschlage und zwischen der Ausführung desselben ein Zwischenraum Statt finden kann, so ist es vortheilhaft, dem vollzogenen Verbrechen eine härtere Strafe aufzubewahren, um Demjenigen, der einen bösen Anschlag entworfen hat, einige Beweggründe zu lassen, welche ihn von der Ausführung abwendig machen können." Die Sache ist einleuchtend! Kann man auch nicht die gesetzliche Drohung zum Rechtsgrunde der Strafe erheben und darf der Gesetzgeber auch nicht hoffen, durch die Strafdrohung Verbrechen überhaupt unmöglich zu machen, so giebt doch die Erfahrung aller Zeiten dafür Zeugniß,

setzes, sey beim bloßen Versuche nicht so groß, wie bei eingetretener Consummation. Die Verletzung des Gesetzes sey nicht so offenbar. — Die Präventions- die Besserungs und die Feuerbachische Abschreckungs-Theorie führen in consequenter Fortbildung wenigstens zum Theil zu einer Gleichstellung des Versuchs und der Vollendung, während die Theorie der materiellen Wiedervergeltung nur die durch den Versuch bewirkte Rechtsverletzung strafen kann. Dagegen wird die neuerlich ausgebildete Gerechtigkeits-Theorie, wenn sie die Schuld auch nach der Erscheinung des Verbrechens in der Sinnenwelt würdigt, zur mindern Strafbarkeit des Versuches führen.

1) Vergl. überh. Lelièvre de conat. delinq. p. 316-321.

2) Beccaria über Verbr. u. Strafen Uebersetz. v. Bergk. Leipz. 1798. §. 14. S. 153.

daß die Drohung des Gesetzes und die daraus hervorgehende Furcht vor der Strafe wirklich dazu geeignet ist, Viele, in welchen Sittlichkeit und Rechtsgefühl nicht stark genug seyn würde, von der Begehung eines Verbrechens abzuhalten. Sowie aber der Gesetzgeber sehr unweise handeln würde, wenn er alle Verbrechen mit der nämlichen Strafe bedrohen wollte, weil es dann an jedem Gegengewichte zur Verhütung eines schwerern Verbrechens fehlen würde, so muß es auch unklug genannt werden, das versuchte und vollendete Verbrechen in der nämlichen Strafdrohung zu umfassen, weil es dann, sobald der Thäter sich einmal eines strafbaren Versuches schuldig gemacht hat, an jedem gesetzlichen Mittel zur Verhütung der Vollendung gebricht[1]). Muß sich der Verbrecher sagen, du wirst doch ebenso bestraft, wie wenn du die That vollziehst, so wird er um so mehr sich zu dem Letzteren entschließen, als auch seine Sinnlichkeit und das Interesse der Selbsterhaltung ihn auf der betretenen Bahn fortreißt. Das Gesetz hat mithin jede mahnende und schützende Kraft verloren, während die Furcht vor der der Vollendung gedrohten größern Strafe den Verbrecher, in einem augenblicklich aufflammenden Bewußtseyn der Folgen seiner That, von der Vollendung würde abgehalten haben[2]). Und dieser politische

1) Anmerk. zum Baier. Strafgesetzb. Th. I. S. 175 f. S. auch schon J. Chr. Fr. Meister Urtheile u. Gutachten in peinlichen u. and. Straffällen. Frankf. a. d. O. 1808. S. 412 ff.

2) Noch andere Gründe gesetzgeberischer Klugheit, die überhaupt von der nachtheiligen Wirkung zu harter Strafgesetze entlehnt sind, entwickelt Rossi Traité de droit pénal. Livr. II. Chap. XXXI. „Nous croyons, au contraire, que le principe de l'utilité exige que la tentative soit frappée d'une peine moindre que celle du crime consommé, et cela pour se soustraire à l'emploi trop fréquent des peines les plus graves, pour préveuir l'impression fâcheuse que le système contraire, dans le plus grand nombre de cas,

Grund für die geringere Strafbarkeit des Versuches überhaupt verbietet auch die gleiche Strafbarkeit für alle Grade des Versuches. Auch hier muß jedem Fortschritt die Furcht vor einer höhern Strafe entgegenwirken können [1]). — Aber, könnte man einwenden, fällt denn nicht dieser der Strafpolitik entlehnte Grund ganz weg, sobald der Gesetzgeber demjenigen, welcher freiwillig von der Vollendung absteht, Straflosigkeit zusichert? Was will man mehr, als daß dem Verbrecher bis zur Vollendung die Möglichkeit gelassen wird, sich ganz von der Strafe zu befreien? Macht er hiervon keinen Gebrauch, so verdient er keine Schonung! Allein dieser Einwand beruht nur auf Täuschung. Denn abgesehen davon, daß das Gesetz immer den großen Sprung von gänzlicher Straflosigkeit bis zur Strafe des vollendeten Verbrechens macht, ohne eine Mittelstufe zu kennen, wird gewiß bei dem bis jetzt zur Begehung eines Verbrechens Entschlossenen die Furcht vor der größern Strafe mehr

peut produire sur l'opinion publique, pour éviter que la sévérité de la loi ne devienne une cause d'impunité absolue, les jurés ne pouvant pas fermer l'oreille à la voix de la justice et de l'humanité; enfin pour ne pas donner à l'auteur de la tentative suspendue l'envie de revenir à la charge. La reprise du délit est facile dans beaucoup de cas, pourquoi l'auteur s'en abstiendrait-il, si désormais il n'a plus rien à craindre, si le surplus du délit ne peut pas amener pour lui un surplus de punition"?

1) Chaveau Théorie du Code. Chap. X. p. 145. „Mais il est de l'intérêt même de la société d'échelonner les châtiments; car il est de son intérêt de prevenir les crimes. Les châtiments gradués sont comme des barrières qui s'élèvent incessamment devant les pas du coupable, il a franchi la première, mais à chaque pas une peine plus terrible le menace: ses craintes toujours croissantes peuvent l'arrêter et laisser inachevé le crime qu'il avait projeté".

und sicherer wirken, als die Hoffnung auf Straflosigkeit, wobei ihn der Zweifel, ob man seinen Rücktritt auch als einen freiwilligen betrachten werde, leicht dazu vermögen kann, in Uebereinstimmung mit seinen sinnlichen Antrieben das Verbrechen zu vollenden und sich vielleicht durch die völlige Tödtung des Angegriffenen, durch die Vernichtung des einzigen Zeugen seiner Schuld, eine sicherere Basis für die Hoffnung zu verschaffen, aller Strafe zu entgehen. Und was die Hauptsache ist, diese dem freiwilligen Rücktritt zugesicherte Straflosigkeit wird nur in den Fällen wirken können, wo der in Ausführung des Verbrechens Begriffene, mitten in seiner verbrecherischen Thätigkeit und bevor ein fremdes Hinderniß dazwischen trat, mit sich selbst zu Rathe geht, ob er nicht lieber umkehren solle auf der verbrecherischen Bahn. Wie aber, fragen wir, soll sie wirken, in den gewiß viel zahlreicheren Fällen, wo der Verbrecher gegen seinen Willen an der Vollziehung des Verbrechens gehindert wurde, wo es indessen doch noch in seiner Macht steht, mit neuen Kräften zu anderer Zeit oder an anderem Orte das versuchte Verbrechen zu vollziehen, z. B. der Dieb ist bei dem Versuche zu stehlen gestört worden. Hier fällt die Hoffnung auf gänzliche Straflosigkeit weg, es droht ihm in der Zukunft nur die volle Strafe des vollendeten Verbrechens, und er wird, um sie seiner Meinung nach doch auch zu verdienen, Alles aufbieten, um den früher mißglückten Versuch zur völligen Ausführung zu bringen. Anders stellt sich dagegen die Sache, wenn das Gesetz dem Versuche überhaupt eine geringere und dem Fortschreiten der verbrecherischen Thätigkeit eine verhältnißmäßig härtere Strafe droht. Hier behält der Verbrecher auf jedem Schritte zur Vollendung immer noch ein wirksames Motiv, von der Vollziehung abzustehen.

§. 176.

Insbesondere: Strafbarkeit des beendigten Versuches. (del. perfectum. délit manqué.)

Die meisten Vertheidiger, auch in Deutschland, wo in Folge der den allgemeinen Prinzipien des Strafrechts entsprechenden Grundlagen des gemeinen Rechts, die geringere Strafbarkeit des Versuches überhaupt nur sehr selten in Frage gestellt worden ist, hat aber die gleiche Strafbarkeit des s. g. delictum perfectum, des beendigten Versuches oder, wie die Franzosen sagen, des délit manqué gefunden [1]). „Wenn die Strafe, sagt man, auf den Willen zu beziehen ist, so kann da, wo der Verbrecher von seiner Seite Alles gethan hat, was zur Vollendung des Verbrechens erforderlich war, der beabsichtigte Erfolg aber nur durch Zufall nicht eingetreten ist, keine geringere Strafbarkeit angenommen werden. Der Grund, den man überhaupt für die geringere Strafbarkeit des Versuches anführt, daß doch immer eine Willensänderung möglich sey, paßt hier nicht. Der ideale Schade, den der Verbrecher anrichtet, ist eben so groß wie bei der Vollendung; die Bosheit ist dieselbe, und sowie ein nicht beabsichtigter zufälliger Erfolg Niemandem zugerechnet werden kann, so kann auch der zufällige Nichteintritt eines beabsichten Erfolges die Straf-

1) H. Grotius de jur. belli et pac. Lib. II. c. 20. §. 30. Pufendorf de jure nat. et gent. Lib. IV. c. 3. §. 18. Unter den Italiänern Filangieri l. c. Simoni dei delitti di mero affetto. I. p. 178 ff. Cremani de jure crim. Lib. I. c. 5. §. 5. Romagnosi l. c. §. 765. Unter den Franzosen Servin de la legisl. crimin. Livr. I. S. 1. Unter den neuern deutschen Schriftstellern hauptsächlich die Präventionisten v. Grolman Grdſ. der Crimrsw. §. 89. Tittmann Hdb. der Strafrsw. I. §. 98. Oerstedt Grundreg. der Strafgesetzg. §. 23. S. 163 ff. Stelzer Critik des Egger'schen Entw. S. 44 ff. Vergl. auch die reichhaltige Litteratur über diese Frage in J. Chr. Fr. Meister's Urtheilen u. Gutachten. Frankf. 1808. S. 419 ff.

barkeit nicht mindern"[1]). Insbesondere bemerkt Oerstedt a. a. O.: „Das Gesetz könne doch nicht darauf ausgehen, die Naturwirkungen der menschlichen Handlungen zu bestimmen, sondern da das Gesetz seinen Zweck durch die Wirkung auf das Begehrungsvermögen des Menschen erreichen solle, so könne es allein für die freie, auf Hervorbringung eines Erfolges gerichtete Thätigkeit eine Strafe bestimmen. Sey nun diese Thätigkeit im vollen Umfange vorhanden, so sey auch die gesetzliche volle Strafe verwirkt, und ob die Vorsehung wohlthätig den Erfolg abwende, könne ebenso wenig auf die Verringerung der Missethat Einfluß haben, als diese dadurch erhöhet werde, daß zufällig die Handlung mehr Folgen hatte, als vom Thäter beabsichtigt wurden, oder als worauf er Rechnung machen könnte. Nur als ein Erkenntnißgrund, aus welchem man auf die eigentliche Beschaffenheit der Handlung schließen könne, dürfe der Erfolg in Betracht kommen".

§. 177.

Es läßt sich aber gewiß die Nothwendigkeit einer geringern Strafbarkeit des s. g. delictum perfectum nicht blos aus Gründen der Klugheit, sondern auch des Rechts zur Genüge rechtfertigen[2]). Zuvörderst ist nicht unbeachtet zu lassen, daß in der Beweisführung der Gegner eigentlich

1) Cf. Lelièvre de conat. delinq. p. 351-359.

2) Lelièvre de conat. delinq. p. 361. bemerkt von der Theorie der Erstattung des idealen Schadens ausgehend, „Ceterum libenter fateor, me potius sentire aliquam necessitatem paululum levius in perfectum crimen ac in maleficium consummatum animadvertendi, quam reddere posse claram necessitatis rationem". Daß das natürliche Gefühl, welches sich auch in der Volksansicht ausspricht, sich gegen die Gleichstellung des del. perfectum mit dem crimen consummatum sträube, ist gewiß auch nicht unbeachtet zu lassen, nur reicht es nicht zur Widerlegung der Gegner aus. Vergl. Romagnosi l. c.

zwei verschiedene Fragen mit einander vermischt werden; nämlich die eine, ob der Gesetzgeber den Begriff und folgeweise die Vollendung des Verbrechens bei gewissen Verbrechen von dem Eintritt eines gewissen Erfolges abhängig machen soll, und die andere, ob, wenn dieß geschehen ist, die beendigte verbrecherische Thätigkeit, welche ohne Erfolg blieb, der Vollendung an Strafbarkeit gleichzustellen sey? Was nun zunächst die zweite Frage betrifft, so würde sich einleuchtender Weise der Gesetzgeber der offenbarsten Inconsequenz schuldig machen, wenn er einer Seits sagte, zum vollständigen Begriff dieses oder jenes Verbrechens, mithin zur Vollendung, gehöre der Eintritt einer gewissen Wirkung, z. B. zum Verbrechen der Tödtung die Lebensberaubung, und anderer Seits dann wieder verordnete, das Verbrechen sey aber auch schon als vollständig zu betrachten, wenn nur die zur Bewirkung dieses Erfolges nothwendigen Handlungen vom Thäter vorgenommen worden sind, eine Inconsequenz, die z. B. in dem sonst vortrefflichen österreichischen Strafgesetzbuche auf eine recht störende Weise hervortritt, wenn es sagt (§. 7.), daß der Versuch das Verbrechen selbst sey, und dann, mit einer neuen Inconsequenz, doch den Versuch wieder als Milderungsgrund gelten läßt. Hat sich aber, wie dieß z. B. im gemeinen Rechte der Fall ist, der Gesetzgeber gar nicht über die Strafbarkeit des s. g. del. perfectum ausgesprochen, bei gewissen Verbrechen aber den Begriff und die Vollendung von dem Eintritt eines gewissen Erfolges abhängig gemacht, und den Versuch überhaupt einer geringern Strafe unterworfen, so darf um so viel weniger der Richter dem Gesetzgeber eine solche Inconsequenz unterschieben, vielleicht blos um sich den Anfoderungen einer gewissen Strafrechtstheorie gefällig zu erzeigen[1]), sondern er

1) Dieß verlangt z. B. Tittmann a. a. O. vom Richter, wenn er darüber klagt, daß seine blos aus der Präventions-Theorie

muß sich ganz einfach von folgender Erwägung leiten lassen: „Da die gesetzliche Strafe nur dem vollständigen Verbrechen gedroht ist, beim s. g. del. perfectum es aber noch an einem zum Begriffe des Verbrechens gehörigen Merkmale fehlt, so muß die Strafe desselben nothwendig eine geringere als die der Vollendung gedrohte seyn. Denn die volle gesetzliche Strafe entspricht nur dem Inbegriffe sämmtlicher zum Verbrechen gehöriger Merkmale". Eines weitern Grundes bedarf der Richter nicht, und es kann für ihn nur noch die Frage zu erwägen seyn, welches Gewicht der Gesetzgeber bei der Strafdrohung auf das fehlende Merkmal gelegt habe, um danach das der Vorstellung des Gesetzgebers oder dem Geiste der Legislation entsprechende Strafmaaß aufzufinden [1]).

abgeleitete Ansicht, im gemeinen Rechte nicht allgemeine Anerkennung finden wolle, und durch das dem österreichischen und französischen Gesetzbuche (S. 195. Not. t.) ertheilte Lob, indirect dem gemeinen Rechte die nicht genug anzuerkennende Vereinigung des objectiven und subjectiven Maaßstabes zum Vorwurf macht. Der Streitigkeiten über das Daseyn des Thatbestandes wird man allerdings durch die Bestimmung des österreichischen und französischen Gesetzbuches überhoben. Wie steht es aber dabei um den Rechtsgrund der bürgerlichen Strafe? Den „kleinlichen und wirklich oft widersinnigen Streitigkeiten" begegnet man vollkommen durch eine richtige Theorie über den erforderlichen Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg, ohne daß man nöthig hätte, das Kind mit dem Bade auszuschütten!

1) Wenn die französischen Juristen mit dem Beweise der geringern Strafbarkeit des délit manqué nicht fertig zu werden wissen, wenn sie sich drehen und wenden, um nur zu dem Resultat zu kommen, daß es nicht nothwendig sey, das délit manqué mit der ordentlichen Strafe zu bedrohen, und wenn selbst diejenigen, welche die ungerechte Bestimmung des Code pénal Art. 2. bekämpfen, doch die gleiche Strafbarkeit dieses Falles zugestehen, oder es gar für gefährlich halten, die geringere Strafbarkeit allgemein auszusprechen, indem es ja der Jury überlassen bleiben könne, sich dadurch den Umständen nach zu dem Ausspruch auf

§. 178.

Was aber die erste der aufgestellten Fragen betrifft, ob der Gesetzgeber bei gewissen Verbrechen den Erfolg oder die Wirkung der verbrecherischen Handlung in der Strafbestimmung berücksichtigen, ob er den Begriff des vollendeten Verbrechens von dem Eintritt eines solchen Erfolges abhängig machen könne, so entscheiden wir uns mit voller Ueberzeugung auch für die Bejahung dieser Frage. Denn die auf den ersten Anblick scheinbaren Gründe der Gegner, die Strafe sey auf den Willen zu beziehen, vom Zufall dürfe dabei Nichts abhängig gemacht werden, der Gesetzgeber könne doch nicht darauf ausgehen, die Wirkungen der menschlichen Handlungen zu bestimmen, sind theils an sich unrichtig, theils können sie, wenn ihnen zufolge das ganze Strafrecht gestaltet werden sollte, gar nicht auch nur mit einiger Consequenz durchgeführt werden. Allerdings ist die Strafe auf den Willen zu beziehen, allein der Wille an sich ist nicht Gegenstand der Bestrafung, sondern, da das ganze Strafrecht nur auf der Vernunftnothwendigkeit der Erhaltung des äußern Rechtszustandes im Staate beruht, erst durch die, die Rechtsordnung gefährdende oder verletzende That. Diese hat der Gesetzgeber ihrer gewöhnlichen Erscheinung nach aufzufassen, wozu er auch die gewöhnliche Wirkung der Handlung in denjenigen Fällen zu rechnen hat, wo erst mit jener Wirkung die vollständige Rechts-

circonstances atténuantes bestimmen zu lassen — (vergl. Rossi Traité Livr. II. Chap. XXXIII. p. 377. und besonders Chaveau Théorie du Code Chap. X. p. 147 f. —), so liegt der Grund davon hauptsächlich in der unrichtigen, zu engen Begriffsbestimmung der tentative, vermöge welcher das délit manqué, wie wenn es eine Species des beendigten Verbrechens wäre, ganz vom Gebiete der tentative abgeschnitten wird. Dasselbe gilt von der Darstellung in Romagnosi Genesi del diritto penale §. 624 ff. in Luden's Uebersetz. §. 679-694.

kränkung existirt, welche den eigentlichen Gegenstand der gesetzlichen Drohung bildet. So ist z. B. die verschuldete Tödtung eines Menschen das Verbrechen, welches der Gesetzgeber im Auge hat, und es kann daher nur die mit der Wirkung der Lebensberaubung begleitete verbrecherische Handlung als das eigentliche Verbrechen betrachtet werden [1]). Nun kann zwar auch die darauf gerichtete Handlung, welche diesen Erfolg nicht hatte, es kann die blos gefährliche Handlung, unter Voraussetzung der verbrecherischen Absicht, mit Strafe bedroht werden; allein in den Augen des, seinen wahren Standpunkt erfassenden bürgerlichen Gesetzgebers kann die blos gefährliche Handlung nicht mit der die Verletzung des Rechtszustandes wirklich in sich schließenden That auf eine Linie gestellt werden. Daß der Gesetzgeber dadurch die Wirkung der Handlung bestimmel, ist gar nicht wahr; er macht blos die Handlung mit ihrer gewöhnlichen Wirkung zum Gegenstand des Strafgesetzes. Allerdings hängt der Eintritt eines solchen, nur unter Mitwirkung von Naturkräften möglichen Erfolges, wie z. B. die Lebensberaubung, nicht ganz von der Willkühr des Thäters ab, allein will man die Sache streng nehmen, so ist abgesehen von der freien Selbstbestimmung des Willens, keine menschliche Handlung unbedingt potestativ, indem man nicht sagen kann, daß der Mensch unbeschränkte und absolute Herrschaft über seine physischen Kräfte habe, und

1) Dieß gilt von allen Verbrechen, welche in Verletzung materieller Rechte bestehen, und der Unterschied zwischen den Verbrechen, welche erst durch den Eintritt eines gewissen Erfolges, und denjenigen, welche schon durch bloße verbrecherische Thätigkeit vollendet werden, liegt nur darin, daß in gewissen Fällen erst durch die Aufhebung, oder Störung eines gewissen physischen Zustandes, das Recht selbst als verletzt betrachtet werden kann, während da, wo das Recht blos in der Vorstellung existirt, (und ein Gleiches gilt von den Vergehen gegen die Sittlichkeit) die Verletzung schon durch die bloße Thätigkeit als consummirt erscheint.

so käme man dann wieder zu dem verwerflichen Resultate, daß blos und allein der Wille des Menschen zum Gegenstande der Bestrafung gemacht werden könne. Wenn aber der Gesetzgeber die gewöhnlich durch den Willen bestimmbare äußere Thätigkeit des Menschen als Bedingung für die Strafbarkeit berücksichtigen kann und muß, so darf er auch die nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge durch die äußere Thätigkeit hervorzurufende Wirkung der äußern Thätigkeit in den Begriff des Verbrechens aufnehmen, sobald sie nicht für das Wesen des Verbrechens als irrelevant zu betrachten ist, oder ein anderer erheblicher Grund gebietet, den Moment der Vollendung auch schon vor Eintritt des beabsichtigten Erfolges anzunehmen, wie z. B. beim Verbrechen des Hochverrathes. Den Zufall ganz aus dem Gebiete des Strafrechts zu verbannen ist rein eine Sache der Unmöglichkeit, sobald man die Größe der Verletzung auf dem äußern Rechtsgebiete, die Gefährlichkeit und Schädlichkeit der Handlung für den rechtlichen Zustand nicht ganz bei Seite setzen will. Dieß ist noch in keinem positiven Rechte geschehen und kann auch vernünftiger Weise nicht geschehen, wenn man sich nicht in die unnatürlichsten Inconsequenzen verwickeln will, was bei Denjenigen, welche so sehr gegen den Zufall bei unserer Frage eifern [1]), immer mehr oder weniger der Fall ist, und begreiflicher Weise könnte z. B. namentlich auch bei Bestrafung der Fahrlässigkeit Nichts auf den Eintritt eines materiellen Schadens ankommen, sondern es müßte die verschuldet gefährliche Handlung an sich Gegenstand crimineller Bestrafung seyn. Wenn nur der Gesetzgeber nicht ohne Noth von reinen Zufälligkeiten, die auf die Strafbarkeit

1) So will z. B. Steltzer Crit. des Eggerschen Entw. S. 164. im Widerspruch mit sich selbst beim Versuch mit untauglichen Mitteln eine ganz außerordentliche Strafmilderung eintreten lassen.

gar keinen Einfluß haben können, oder die nur als ganz willkührliche Gränzlinien zwischen einer höhern und niedern Stufe der Strafbarkeit zu betrachten sind, die Anwendung des Gesetzes abhängig macht (z. B. den Begriff des Aufruhrs von der Vereinigung von zehn Personen, die Criminalität der Verwundung von einer Krankheit von zwanzig Tagen, den Begriff des Neugebohrnen vom Ablauf gewisser Tage oder Stunden), so kann man ihm keinen Vorwurf darüber machen, wenn er die volle Strafbarkeit durch den Eintritt eines gewöhnlichen, natürlichen, und beabsichtigten Erfolges bedingt. Auch wird er dadurch nicht wie bei jenen Beispielen eine ganz ungleiche Bestrafung von Fällen herbeiführen, die subjectiv und objectiv auf der nämlichen Linie der Strafbarkeit stehen. Wenn aber der bürgerliche Gesetzgeber bei seinen Strafbestimmungen die äußere Beschaffenheit der That nothwendig berücksichtigen muß, so wird er sich auch nicht durch den Einwand irren lassen, daß der Verbrecher beim beendigten Versuche seinen bösen Willen in voller Stärke gezeigt habe; er wird einsehen, daß ihn die gleiche moralische Verschuldung nicht zu einer gleichen bürgerlichen Strafe berechtige, indem diese zunächst durch die äußere Beschaffenheit der That bedingt wird, und wird sich dadurch vor einer Verwechselung der moralischen Zurechnung mit der rechtlichen, sowie vor einer ausschließlichen Berücksichtigung der subjectiven Strafbarkeit bewahren, zu welcher ihn das einseitige Prinzip der Prävention oder der Abschreckung führen könnte [1]). Und

1) S. vorzüglich Weber im N. Archiv Bd. IV. S. 42-47. Kleinschrod system. Entwick. Th. I. §. 39. Klein peinl. Recht §. 147. Feuerbach Lehrb. des peinl. Rechts. §. 111. Bauer Anmerk. zum hannov. Entw. Th. I. S. 392. Ganz gut ist auch schon die Widerlegung der gleichen Strafbarkeit aus allgemeinen Gründen in der blos dieser Frage gewidmeten älteren Diss. von Traug. Thomasius, an poena delicti perfecti ordinaria

selbst wenn er den Hauptzweck der Strafe in der Abschreckung Anderer, in der Wiederherstellung der verletzten Achtung vor dem Gesetze und dergl. finden sollte, so wird ihm doch, sobald er die Stimme des Volkes beachtet, nicht entgehen, daß die unvollendete, ohne Erfolg gebliebene That nicht den Eindruck macht, wie die gelungene, und daß selbst der gemeine Mann in seinem natürlichen Rechtsgefühle einen Unterschied zwischen beiden Fällen zu machen weiß [1]).

§. 179.

Was endlich den politischen Grund betrifft, welcher für die geringere Strafbarkeit des versuchten Verbrechens überhaupt angeführt wurde, (daß nämlich der Verbrecher durch die Vorstellung der härtern Strafe noch von der Vollendung müsse abgehalten werden können, §. 175.), so könnte es scheinen, daß derselbe auf den beendigten Versuch keine Anwendung finde. Denn, dürfte man meinen, wenn der Verbrecher von seiner Seite Alles gethan habe, was zur Vollendung des Delictes gehöre, der Erfolg aber lediglich durch Zufall unterblieben sey, so könne man nicht sagen, daß er

puniendus sit conatus proximus. Llps. 1735. §. 4-11. S. auch Luz harmonia juris naturae et crim. in doctrina de imputat. crim. attentati. Lips. 1734. (Oben Th. I. S. X.).

1) Dieß ist fast der einzige Grund, welchen Rossi Traité de droit pénal Livr. II. Chap. XXXIII. p. 378 f. für seine Meinung vorzubringen weiß: qu'il est sage, pour certains crimes du moins, d'accorder une diminution de peine à celui dont l'attentat n'a point eu l'effet qu'il attendait. Les hommes, sagt Rossi, ne confondent pas, n'ont jamais confondu l'auteur d'un crime manqué avec l'auteur d'un crime consommé. Il y a plus; cette distinction est sentie intérieurement par les coupables eux-mêmes: tout homme a pu l'éprouver pour les actes de négligence. Celui qui, par imprudence, a failli être l'auteur d'un grand mal, et celui qui, par la même imprudence, l'a effectivement occasionné, n'éprouvent pas le même remords; ils ne sont pas également troublés".

noch durch die Furcht vor größerer Strafe von der Vollendung abzuhalten sey. Allein diese Ansicht ist unrichtig oder würde doch nur auf den Fall passen, wo dem Verbrecher, z. B. durch die Ergreifung desselben auf frischer That, die Vollendung des Verbrechens wirklich unmöglich gemacht worden war. Dieser Fall wird sich aber verhältnißmäßig nur selten ereignen, und viel häufiger wird sich die Sache so gestalten, daß dem Verbrecher die Erneuerung des, trotz der beendigten Thätigkeit mißlungenen, Versuches noch möglich bleibt. Wenn er dann überlegt, daß er, (wie es die bekämpfte Ansicht verlangt) doch einmal die volle Strafe verwirkt habe, so wird er nicht nur keinen Grund haben, um von der Erneuerung des mißglückten Versuches abzustehen, sondern er wird vielmehr durch das Gesetz gewisser Maßen zur Vollendung der That fortgestoßen, wovon er durchaus keinen Nachtheil, sondern, abgesehen von der damit verbundenen größern persönlichen Sicherheit, jedenfalls den Vortheil hat, daß er die zum Verbrechen treibende Begierde noch befriedigen kann. Es ist also thöricht, wenn der Gesetzgeber den von keinem Nutzen begleiteten, aber wohl schädlich wirkenden Weg[1]) der auf keinen Rechtsgrund gestützten Strenge betritt und den beendigten Versuch, das s. g. del. perfectum oder das délit manqué dem vollendeten Verbrechen an Strafbarkeit gleichstellt. Aber auch in Beziehung auf das Volk wird die Gleichheit der Strafe nur nachtheilig wirken, weil sie mit dem wirklich angerichteten Bösen in keinem Verhältnisse steht. Das Volk wird hier das gerechte Maaß der Wiedervergeltung überschritten finden, und der Verbrecher wird mehr Mitleid

1) Kleinschrod systemat. Entwick. Th. I. §. 39. Gut sind auch die Nachtheile eines solchen gleiche Strafbarkeit anordnenden Gesetzes, mit besonderer Rücksicht auf den §. 291 von Tittmanns Entwurf für Sachsen, entwickelt von Hurlebusch Beiträge zur Civil- und Crim. Gesetzgeb. Hft. I. No. 9. S. 72 ff.

erregen, wenn z. B. Derjenige, gegen welchen der mißlungene Versuch gerichtet war, noch selbst Zeuge der Hinrichtung ist. —

Von selbst versteht es sich übrigens nach der bisherigen Ausführung, daß auch der Anstifter, wenn das Verbrechen aus irgend einem Grunde nicht zur Ausführung gekommen ist, nie mit der Strafe des vollendeten Verbrechens belegt werden könne [1]). Die Frage aber, welchen Einfluß die Reue des Thäters oder die eigene Reue des Anstifters auf die Strafbarkeit habe, gehört noch nicht hierher, sondern in das Kapitel von der Aufhebung der Strafbarkeit des Versuches wegen der aus eigener Willensänderung unterbliebenen Vollendung.

§. 180

II. Maaßstab der Strafbarkeit für das versuchte Verbrechen.

A. Für den beendigten Versuch.

Bisher haben wir uns auf die Beweisführung beschränkt, daß jeder Versuch eines Verbrechens auf einer niedrigern Stufe der Strafbarkeit stehe als die Vollendung. Jetzt entsteht nun aber die weitere Frage, in welchem Verhältnisse die Strafbarkeit des Versuches zu der des vollendeten Verbrechens stehe? und zwar zunächst, ob der s. g. beendigte Versuch mit dem, der ordentlichen Strafe des vollendeten Verbrechens am nächsten kommenden Strafübel zu belegen, oder wegen der mangelnden Vollendung noch auf eine niedrigere Stufe zustellen, und ob es überhaupt zu rechtfertigen sey, daß der Gesetzgeber gegen den beendigten Versuch eine bestimmte, keine weiteren Gradationen zulassende Strafdrohung erlasse? Bei der Beantwortung dieser Fragen müssen wir uns von folgender Erwägung leiten lassen: Allerdings gewährt der

1) In welchem Verhältnisse die Strafbarkeit des Anstifters zu der des Thäters stehe, darüber s. Unten §. 182.

beendigte Versuch, wie es scheint, insofern einen festen, in allen Fällen übereinstimmenden Anhaltspunkt, als, wenn der Verbrecher von seiner Seite Alles gethan hat, was zur Hervorbringung des Verbrechens gehört, von einer weitern Gradation der Strafe im Verhältniß zum Fortschreiten der verbrecherischen Thätigkeit nicht die Rede seyn kann, und insoweit werden alle Fälle des beendigten Versuches bei dem nämlichen Verbrechen in subjectiver und objectiver Hinsicht auf derselben Stufe der Strafbarkeit stehen. Allein hierdurch ist nicht mehr bewiesen, als daß der beendigte Versuch zur Aufstellung eines Minimums der Strafe bei der gesetzlichen Bedrohung geeignet sey, und dieses Minimum ist da, wo es der Gesetzgeber nicht selbst bestimmt hat, dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen. Die Aufstellung eines Maximums der Strafe oder die Erlassung einer bestimmten Strafdrohung würde nur dann zulässig seyn, wenn man sagen könnte, daß der beendigte Versuch hinsichtlich seiner (objectiven) Gefährlichkeit und Schädlichkeit gar keine Verschiedenheiten zulasse und daß man den höchsten Grad seiner Gefährlichkeit und Schädlichkeit im Voraus berechnen könne. Beides ist aber zu leugnen! Denken wir uns z. B. einen beendigten Mordversuch, so steht zwar auf der einen Seite fest, daß vom Thäter Alles geschah, was von seiner Seite zur Hervorbringung des Verbrechens erforderlich war, und auf der andern Seite, daß es an der zum Begriffe des Verbrechens erforderlichen Wirkung fehlt, allein wie viele im Voraus gar nicht berechenbare Modificationen hinsichtlich der Gefährlichkeit und Schädlichkeit dieses Mordversuches können hier vorkommen! Das Mordgewehr kann abgedrückt aber nicht losgegangen seyn, die Kugel kann das Opfer gefehlt oder getroffen und im letztern Falle eine geringere oder schwerere Verletzung bewirkt haben. Letztere kann heilbar oder unheilbar seyn und einen größern oder geringern Nachtheil

für die körperliche oder geistige Gesundheit des Verletzten, eine schwerere oder minder schwere Verstümmelung u. s. w. im Gefolge haben [1]). Nun könnte man zwar sagen, die Beschaffenheit der Körperverletzung komme bei der Bestrafung des Versuches als solchen nicht in Betracht; sie bilde ein selbstständiges, in idealer Concurrenz mit dem Versuche stehendes, Verbrechen und es kämen hier mithin die Grundsätze über Bestrafung concurrirender Verbrechen zur Anwendung [2]). Allein wir halten diese letztere an sich richtige Ansicht nach den Oben Th. I. §. 140 entwickelten Grundsätzen hier für irrig und zugleich für unanwendbar, wenn der durch den beendigten Versuch bewirkte Schade, z. B. an der geistigen Gesundheit des Verletzten, gar kein eigenes Verbrechen bildet, abgesehen davon, daß sie in consequenter Anwendung leicht dahin führen könnte, daß der beendigte Versuch mit dem geringern Erfolge härter zu bestrafen wäre [3]), als das consummirte Verbrechen. Ließen wir aber auch diese Theorie als richtig gelten, so müßte doch, schon um das zuletzt angedeutete Resultat zu vermeiden, die bestimmte Strafe des beendigten Versuches immer eine bedeutend geringere als die des vollendeten Verbrechens seyn und zwar auch deshalb, um der Strafe des beendigten Versuches wegen der idealen Concurrenz des andern Verbrechens noch einen schärfenden Zusatz geben zu können. Nach allen diesen Betrachtungen muß es aber wohl einleuchten, daß es nicht zu rechtfertigen seyn dürfte, wenn man das s. g. del. perfectum überhaupt der, der ordentlichen

1) Vergl. Bauer Anmerk. zum hannov. Entw. Th. I. S. 393. Chaveau Théorie du Code Chap. X. p. 148. Gut werden auch von J. Chr. Fr. Meister Urtheile u. Gutachten S. 440 f. die verschiedenen Stufen der Strafbarkeit des conatus perfectus zergliedert.

2) Bauer Anmerkung. zum hannov. Entw. Th. I. S. 395.

3) Feuerbach Kritik des Kleinschrod. Entw. I. S. 113.

Strafe am nächsten kommenden Ahndung unterwerfen wollte und daß sich der Gesetzgeber mit der relativen Bestimmtheit eines zu drohenden Minimums der Strafe begnügen müsse, während das Maximum in der allgemeinen negativen Bestimmung liegt, daß der Versuch nie so hart wie die Vollendung zu strafen sey. Ein anderes Maximum zu stellen halten wir für unzweckmäßig [1]), weil allerdings die Umstände so beschaffen seyn können, daß der Urheber des beendigten Versuches auf die der ordentlichen Strafe am nächsten kommende Stufe der Strafbarkeit zu stellen ist. Dieß muß aber der Gesetzgeber dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen. Eine größere Bestimmtheit wird in der Anwendung leicht zu Härten und Ungerechtigkeiten führen, und die ebenso gerechte als natürliche Regel beeinträchtigen, daß die Strafe des Versuches stets in angemessenem Abstande von der Strafe der Vollendung stehen müsse. Auch muß es dem Richter gestattet seyn, aus denjenigen Gründen, welche ihn überhaupt zur Milderung der Strafe eines bestimmten Gesetzes berechtigen, selbst unter das Minimum der gesetzlichen Strafe herabzusteigen, wozu er in einer allgemeinen gesetzlichen Bestimmung zu ermächtigen ist [2]). Wie aber jenes Minimum zu bestimmen sey, ist ein Problem, welches der Gesetzgeber nur auf seinem individuellen Standpunkte, mit Rücksicht auf die der Gesetzgebung überhaupt zu Grunde gelegten Prinzipien und insbesondere nach dem Einfluß, den er der mangelnden Wirkung der verbrecherischen Thä-

1) A. M. ist Bauer Anmerk. Th. I. S. 399. Der daselbst gegen die Aufstellung eines Minimums angeführte Grund paßt jedenfalls nur auf den nicht beendigten Versuch.

2) Vergl. über diese sehr bestrittene Frage Bauer Anmerk. Th. I. S. 570 ff. und gegen die daselbst dem Richter ertheilte allgemeine Ermächtigung den Badischen Entw. v. 1837 in den Motiven S. 75. Ueberh. Kitka im Archiv. 1836. S. 624 ff.

tigkeit auf die Strafbarkeit des Verbrechens beilegt, wird lösen können. Da nun aber der Mangel jener Wirkung bei den einzelnen Verbrechen eine verschiedene Bedeutung hat, und da der Gesetzgeber bei denjenigen Verbrechen, deren Strafe keine Theilung zuläßt, z. B. Todesstrafe, Dienstentsetzung, lebenslängliche Freiheitsberaubung, doch nicht mit der allgemeinen Bestimmung einer Quote der ordentlichen Strafe, z. B. eines Drittels oder der Hälfte derselben, ausreicht, so dürfte es am gerathensten seyn, das Minimum der Strafe für den beendigten Versuch, bei denjenigen Verbrechen, welche einen solchen Versuch zulassen und deren Zahl nicht so sehr groß seyn dürfte, immer besonders zu bestimmen.

§. 181.

B. Maaßstab für den nicht beendigten Versuch.

Was aber die relative Strafbarkeit des nicht beendigten Versuches und des Versuches derjenigen Verbrechen betrifft, welche hinsichtlich des physischen Urhebers die Unterscheidung zwischen beendigtem und nicht beendigtem Versuche gar nicht zulassen, so bedarf dessen geringere Strafbarkeit im Verhältniß zum vollendeten Verbrechen keines besondern Beweises. Wo dann die Gesetze dem Richter nicht ein gewisses Maximum oder Minimum der Strafe vorgeschrieben haben, ist es dem vernünftigen Ermessen desselben überlassen, eine der Strafbarkeit in concreto entsprechende Strafe zuzumessen, wobei er, nächst den allgemeinen und besondern die subjective Strafbarkeit bestimmenden Rücksichten, ins Auge zu fassen hat[1]): 1. Die Größe der

1) Vergl. Feuerbach Kritik des Kleinschrod. Entwurfes Th. I. S. 120 f. Bauer Anmerk. zum hannov. Entw. Th. I. S. 397 f. Zu den besonderen, die subjective Strafbarkeit bedingenden Rücksichten kann man mit Bauer a. a. O. allerdings auch die Ursache der unfreiwillig unterbliebenen Vollendung rechnen. „Denn

Strafbarkeit des vollendeten Verbrechens. Denn wenn auch der Versuch nicht als Milderungsgrund der gesetzlichen Strafe zu betrachten ist, so erscheint er doch nur in Beziehung auf das vollendete Verbrechen als strafbar, und es ist daher ebenso natürlich, als zur angemessenen Bestrafung desselben nothwendig, die Strafe des vollendeten Verbrechens bei der Zumessung zu Grunde zu legen. Wo aber die Strafe des vollendeten Verbrechens in den Gesetzen eine absolut- oder relativ unbestimmte ist, muß der Richter wenigstens ungefähr sich die Größe der Strafe zu vergegenwärtigen suchen, welche im Falle der Vollendung Statt gefunden haben würde [1]). Alsdann ist zu beachten 2. die objective Beschaffenheit der Versuchshandlung selbst. Je weniger nämlich dieselbe a. geeignet war, ihrer innern Beschaffenheit nach das Verbrechen hervorzubringen, desto tiefer muß die Strafbarkeit derselben sinken, und der Richter wird daher den Versuch mit völlig untauglichen Mitteln, wenn er überhaupt für strafbar zu halten ist, aus diesem Grunde auf die niedrigste

wenn gleich, sagt Bauer ganz richtig, immer vorausgesetzt wird, daß die Beendigung — wegen äußerer Hindernisse unterblieb, so können doch diese Hindernisse, so wie die vom Thäter zu deren Besiegung angewendeten Kraftäußerungen sehr verschieden seyn, mithin eine größere oder geringere Gefährlichkeit (des Willens) beweisen".

1) Hierauf bezieht sich eine Bemerkung in dem Berichte der 2ten Kammer des Königreichs Sachsen zum Art. 25 des Crim. Gesetzb. „unter der vollen (dem vollendeten Verbrechen gedrohten) Strafe sey weder das Maximum, noch das Medium, noch das Minimum der angedrohten (relativ bestimmten) Strafe zu verstehen; sondern es sey für jeden einzelnen Fall dem Richter zu überlassen, welche Strafe innerhalb des ihm gelassenen Spielraums nach Objectivität und Subjectivität als die volle gesetzliche (für den concreten Fall) anzunehmen sey". Vergl. Dr. K. Fr. Günther die neuen Criminalgesetze für das Königreich Sachsen. Leipz. 1838. S. 25.

Stufe der Strafbarkeit zu stellen haben [1]). Von besonderer Bedeutung ist aber auch b. die größere oder geringere Entfernung, in welcher der Verbrecher von der Vollendung der That geblieben ist. Denn wenn man nicht in Abrede stellen kann, daß mit dem Fortschreiten der verbrecherischen Thätigkeit die Gefahr und die Wahrscheinlichkeit der Vollendung des Verbrechens sich vergrößert, so muß in demselben Verhältnisse auch die Strafbarkeit wachsen, abgesehen davon, daß sich mit jedem neuen Fortschritte auch die Erkenntnißgründe der Stärke und Festigkeit des gesetzwidrigen Willens vermehren. Hat nun die Gesetzgebung, was freilich, abgesehen von den Vorbereitungshandlungen, nicht zu billigen ist, bestimmte Stufen dieses verbrecherischen Versuches unterschieden, so wird der Richter genöthigt seyn, die Handlung auf einen der gesetzlichen Grade zu reduciren und das dafür bestimmte Strafmaaß in Anwendung zu bringen. Andrerseits ist aber auch der Richter, dem keine gesetzlich normirten Grade vorliegen, nicht behindert, ausdrücklich auszusprechen, daß ein naher oder entfernter Versuch vorliege. Nach Verschiedenheit des Resultates, welches sich bei der Vereinigung der einzelnen Strafzumessungsgründe ergiebt, wird dann der Richter entweder auf ein der Strafe des vollendeten Verbrechens sich sehr näherndes oder auf ein nicht blos der Quantität, sondern auch der Qualität nach geringeres Strafübel erkennen.

1) Daß der Versuch mit untauglichen Mitteln u. s. w. nicht in den Kreis des beendigten Versuches gezogen werden könne, ist Oben §. 163. nachgewiesen. Die viel geringere Strafbarkeit eines solchen Versuches erkennt an: Steltzer Critik des Eggerschen Entw. S. 164. Ebenso will ihn Escher vier Abhandl. üb. Gegenst. des Strafrs. S. 167 nur wie einen entfernten Versuch gestraft wissen. S. auch Bauer Anmerk. Th. I. S. 411. Jenull österreich. Criminalr. Th. I. S. 423.

§. 182.

Auch hier kann es nun freilich der Gesetzgeber für nothwendig halten, das richterliche Arbitrium in gewisse Schranken zu stellen und für den nahen und entfernten Versuch ein Maximum oder ein Minimum der Strafe, oder beides zugleich zu bestimmen, so wie sich denn in der That in den neuern Gesetzgebungen das Eine wie das Andere findet. Was indeß die Feststellung eines von der Strafe des vollendeten Verbrechens mehr oder weniger entfernten Maximums betrifft, so dürfte diesem auch hier die Erwägung entgegentreten, daß die Berechnung der höchsten Stufe des Versuches im Voraus nicht gut möglich ist und daß daher ein solches gesetzliches Maximum in manchen Fällen leicht zu einer zu gelinden Bestrafung des Versuches führen kann. Denken wir uns z. B., daß der Gesetzgeber, wie es im Hannoverschen Entwurfe Art. 42. geschehen ist, das Maximum der Strafe (offenbar viel zu gelinde) auf ein Drittheil der Strafe des vollendeten Verbrechens bestimmt habe [1]), wie unverhältnißmäßig wird dann z. B. die Strafe der versuchten Nothzucht ausfallen, wenn man erwägt, wie fein hier die Gränzlinie zwischen Versuch und Vollendung seyn kann! Wie wenig kann hier an der vollständigen Vereinigung der Geschlechtstheile fehlen? Und doch soll dieses mögliche Minimum den Verbrecher um zwei Drittheile strafbarer machen, so daß ihn im Fall der Voll-

1) Die Behauptung Bauer's a. a. O., daß das Maximum der Strafe des nicht beendigten Versuches nothwendig geringer seyn müsse als das des beendigten Versuches, paßt nur auf diejenigen Verbrechen, welche sowohl einen beendigten als einen nicht beendigten Versuch zulassen, nicht aber auf diejenigen, bei welchen von einem beendigten Versuche gar nicht die Rede seyn kann, und bei denen man freilich auch nicht von einem nicht beendigten Versuche sprechen sollte, wie es ja aber doch bei Bauer geschieht.

endung vielleicht eine neunjährige Zuchthausstrafe treffen würde, während er wegen des ganz unbedeutenden Mangels am Thatbestande nur mit einer dreijährigen Zuchthausstrafe davon kömmt. Dagegen dürfte gegen die Aufstellung eines Minimums der Strafe für den nicht beendigten Versuch und für den entfernten Versuch überhaupt, nichts zu erinnern seyn, und sie kann sogar als rathsam betrachtet werden, um eine gar zu gelinde Bestrafung des Versuches zu verhüten. Nur setzen wir freilich voraus, daß das Gesetz zur Strafbarkeit des Versuches überhaupt den Anfang der Ausführung verlange, indem nur unter dieser Voraussetzung eine Würdigung der möglicher Weise geringsten Strafbarkeit im Allgemeinen denkbar ist. Hat dagegen der Gesetzgeber auch Vorbereitungshandlungen überhaupt für strafbar erklärt, so dürfte sich die Aufstellung eines Minimums der Strafe für diese auf keine Weise rechtfertigen lassen, da sie auf einer so niedrigen Stufe der Strafbarkeit stehen können, daß jede Gränzbestimmung als unzulässig erscheint. Wo aber der Gesetzgeber die rechten Gränzen der criminellen Strafbarkeit der Versuchshandlungen erkannt und Vorbereitungshandlungen nur ausnahmsweise bei gewissen Verbrechen und da wo sie ihrer Beschaffenheit nach über das Daseyn eines verbrecherischen Willens keinen Zweifel lassen, für strafbar erklärt hat, da wird eine allgemeine Bestimmung über das Maaß der Strafe gar nicht nothwendig seyn, sondern sie sind bei den einzelnen Verbrechen, auf die sie sich beziehen, mehr als selbstständige Vergehen zu bedrohen.

§. 183.

Noch sind einige besondere Fragen zur Betrachtung übrig. Dazu gehört 1. die Frage nach der relativen Strafbarkeit des Versuches der Unterlassungsverbrechen. Es ließe sich nämlich vielleicht bezweifeln, ob bei denjenigen

Verbrechen, bei welchen überhaupt nur von einem Versuche durch Unterlassungen die Rede seyn kann [1]), derselbe im Ganzen ebenso strafbar sey, wie der Versuch durch positive Thätigkeit [2]), indem in der blosen Unterlassung doch weniger Grund für die Herbeiführung des rechtswidrigen Erfolges liege, als in der darauf gerichteten positiven Thätigkeit. Allein dieser Einwurf ist nur scheinbar, da in denjenigen Fällen, wo jener Erfolg durch Unterlassungen bewirkt werden soll, die Herbeiführung desselben eben so sicher, und die objective Gefahr eben so groß seyn kann, wie beim Versuche durch positive Handlungen. Die geringere Strafbarkeit wird sich nur aus den besondern Verhältnissen des einzelnen Falles ergeben können, und der Gesetzgeber dürfte daher wohl keinen hinreichenden Grund haben, um den Versuch durch Unterlassungen im Allgemeinen auf eine niedrigere Stufe der Strafbarkeit zu stellen. Außerdem fragt sich aber noch, ob bei Unterlassungs-Verbrechen auch von einem beendigten Versuche die Rede seyn könne? eine Frage, die wohl nur unter der Voraussetzung bejaht

1) S. Oben Th. I. §. 42.

2) So führt Lelièvre de conat. delinq. p. 390 eine Aeußerung von Destriveaux an: „Il y a moins de criminalité à ne pas faire ce qne la loi ordonne qu'à faire ce que la loi défend". — Lelièvre mißbilligt zwar diese Behauptung, insofern sich bei einer Unterlassung ein höherer Grad der Bosheit finden könne, als bei einer positiven Handlung, — glaubt aber doch (S. 392), daß für den Versuch durch Unterlassung eine gelindere Strafe festgesetzt werden müsse, weil Unterlassungs-Verbrechen nicht so störenden Eindruck auf die Achtung vor dem Gesetze machten, wie die Begehungs-Verbrechen. Man halte die Schuld gemeinhin nicht für so groß, wenn die Unterlassung ohne Erfolg geblieben sey. Auch erscheine die Unterlassung eigentlich nur als Vorbereitung (?), indem der Unterlassende immer die Wirkung anderer Kräfte erwarte, von denen er wisse, daß sie ohne sein Zuthun die beabsichtigte Wirkung hervorbringen würden.

werden darf, daß der Verbrecher sich selbst in eine Lage versetzt hatte, in welcher es ihm unmöglich war, den noch bevorstehenden Eintritt des rechtswidrigen Erfolges zu hindern. Denn nur dann wird man sagen können, der Verbrecher habe von seiner Seite Alles unterlassen, wodurch jener Erfolg abgewendet werden konnte.

§. 184.

2. Eine andere Frage betrifft die relative Strafbarkeit der Anstiftung. Betrachtet man nämlich dieselbe nicht als delictum sui generis[1]), sondern, je nachdem sie gelungen war, oder nicht, als beendigten und nicht beendigten Versuch des Verbrechens, auf dessen Begehung sie gerichtet war, so entsteht die weitere Frage, ob der beendigte und nicht beendigte Versuch des Anstifters im Allgemeinen auf der nämlichen Stufe der Strafbarkeit stehe wie die gleichen Versuche eines physischen Urhebers oder des Thäters? Bejahen könnte man diese Frage insbesondere hinsichtlich des beendigten Versuches durch Anstiftung aus dem Grunde, weil ja auch der Anstifter von seiner Seite Alles gethan habe, was zur Hervorbringung des Verbrechens auf dem von ihm betretenen Wege erforderlich war. Allein so richtig man auch hieraus folgert, daß die Strafbarkeit des Anstifters überhaupt nicht erst durch eine auf Hervorbringung des Verbrechens gerichtete Thätigkeit des Angestifteten bedingt werde[2]), und so wenig man auch

1) Wie z. B. Rossi Traité de droit pénal. Livr. II. Chap. XXXVI. Dasselbe geschieht von Hepp im Archiv des Criminalrs. N. F. 1836 S. 44 ff. u. Anderen, welche von einer versuchten und vollendeten Anstiftung reden, obgleich man doch, da es keinen Versuch des Versuches giebt, von einem nahen und entfernten oder beendigten und nicht beendigten Versuche des Verbrechens durch Anstiftung sprechen sollte.

2) A. M. ist Luden, über den Versuch des Verbrechens S. 448., dessen Folgerungen aber auch nicht auf dem objectivem Stand-

zugeben kann, daß der Mandant z. B. nie härter bestraft werden könne als der Mandatar, sobald Letzterer z. B. noch Nichts zur Ausführung des Verbrechens gethan hat, so ist doch anderer Seits unverkennbar, daß der beendigte Versuch auf Seiten des Anstifters nicht eine eben so große objective Gefahr für den Bedrohten in sich schließt, wie der beendigte Versuch des Thäters, und daß also bei der durchaus nothwendigen Berücksichtigung des objectiven Maaßstabes die Strafbarkeit des beendigten Versuches des Anstifters auf eine niedrigere Stufe gestellt werden müsse, so jedoch daß mit der, durch die fortschreitende Ausführung des Thäters wachsenden Gefahr auch die Strafbarkeit des Anstifters verhältnißmäßig steigt, bis sie in der Vollendung des Verbrechens durch den Angestifteten ihren Culminationspunkt erreicht hat. Auf diese Weise wird dann in consequenter Anwendung des objectiven Maaßstabes ein richtiges Verhältniß in die Strafe des Anstifters gebracht, und es versteht sich von selbst, daß dieselbe, im Falle es zu einem beendigten Versuche auf Seiten des Thäters gekommen ist, ebenfalls nach der Gefährlichkeit und Schädlichkeit des letzteren zugemessen werden müsse.

§. 185.

Endlich gedenken wir noch im Allgemeinen der Frage, ob es Verbrechen gebe, hinsichtlich welcher ausnahmsweise der Versuch der Vollendung an Strafbarkeit gleichgestellt werden müsse? Diese Frage ist aber unbedingt zu verneinen, sobald man nur bei gewissen Verbrechen die Vollen-

punkte des deutschen Rechts gebilligt werden können. — Der Angestiftete wird allerdings erst strafbar, wenn er eine auf Ausführung des Verbrechens gerichtete Handlung vorgenommen hat und nicht z. B. durch die blose Annahme des Auftrages. Die Grundsätze vom Complott können bei dieser einfachen oder unvermischten Concurrenz nicht entscheiden.

dung nicht von unwesentlichen und mit dem Gesichtspunkt, von dem sie aufgefaßt werden müssen, im Widerspruch stehenden Momenten abhängig macht, z. B. die Nothzucht von der immissio seminis, die Brandstiftung von dem Verbrennen der angezündeten Sache, den Hochverrath von dem Umsturze des Staats. Insbesondere hat die gleiche Strafbarkeit des Versuches dieses letztern Verbrechens noch in neuerer Zeit manchen Vertheidiger gefunden. Indessen glauben wir, daß diese Ansicht durchaus keinen haltbaren Grund für sich habe, und beziehen uns deshalb auf die an einem andern Orte[1]) gelieferte umständlichere Ausführung über diese Frage.

1) Im Archive des Crimrs. Jahrg. 1838. S. 221 ff.

Zweiter Titel.

Ueber die relative Strafbarkeit des Versuches nach positivem Rechte.

Erste Abtheilung.

Das römische Recht.

§. 186.

I. Allgemeine Grundsätze des römischen Rechtes über den Maaßstab der Strafbarkeit.

Es ist bisher meistens als eine ausgemachte Wahrheit betrachtet worden, daß das römische Recht bei seinen Strafbestimmungen durchaus nur den subjectiven Maaßstab, oder das Vorhandenseyn des gesetzwidrigen Willens des Thäters berücksichtige, und den objectiven d. h. die Beschaffenheit und Folgen der äußern That unbeachtet lasse [1]). Fragt man aber nach den Beweisen dieser Ansicht, so sind es immer die in ihrer speciellen Beziehung verkannten, oder aus dem Zusammenhange gerissenen Aeußerungen, wie: „In maleficiis voluntas spectatur non exitus" in L. 14. D. ad L. Corn. de sicar. „Cum pari sorte leges scelus quam sceleris puniant voluntatem" in L. 1. Theod. Cod. ad L. Jul. de ambitu; „Eadem enim severitate volun-

1) Ganz richtig bemerkt indeß schon Abegg, die verschiedenen Strafrechtstheorien. Neustadt 1835. S. 91 ff., daß man nicht berechtigt sey, aus den speciellen Anordnungen bestimmter Leges Schlüsse für eine allgemeine Ansicht des röm. Rechts zu ziehen, und daß die Römer das Maaß der Schuld allerdings auch nach der Beschaffenheit der äußern That bestimmten.

tatem sceleris qua effectum puniri jura voluerunt" in L. 5. Cod. ad L. Jul. maj. und der Ausspruch des Paulus[1]): „Consilium enim uniuscujusque, non factum puniendum est"; — mit welchen man sich zur Begründung jener Behauptung begnügt, ohne dabei auf die zahlreichen Stellen Rücksicht zu nehmen, in welchen sich eine Berücksichtigung des s. g. objectiven Maaßstabes nicht verkennen läßt. Schon Oben[2]) ist ausführlicher nachgewiesen, daß die angeführten Stellen theils weiter Nichts aussprechen, als, die äußere That ohne einen gesetzwidrigen Willen dürfe nicht gestraft werden, theils sich nur auf einzelne Leges beziehen, welche die gesetzliche Strafe nicht von der Erreichung des verbrecherischen Zweckes abhängig machten, sondern sie an eine gewisse ihren äußern Merkmalen nach genau bezeichnete Handlung knüpften, und es bleibt uns hier nur noch der Beweis zu führen übrig, daß das römische Recht allerdings in der Regel, und insoweit nicht bestimmte gesetzliche Vorschriften im Wege stehen, auch die Größe oder das Maaß der Strafe von der größern oder geringern (objectiven) Gefährlichkeit und Schädlichkeit der Handlung, oder ihrem Erfolge, abhängig mache[3]).

§. 187.

Schon der vortreffliche, eine allgemeine Regel für das Strafmaaß feststellende Ausspruch des Marcianus (Libr. 2. de publicis judiciis) in L. 11. Dig. de poenis, welchem freilich zuviel Ehre erwiesen wurde, wenn ihn einmal das unverständige Urtheil eines deutschen Romanisten der gan-

1) in dessen Sentent. rec. V. 23. §. 3. u. Collatio I. §. 7.

2) Th. I. §. 75 ff.

3) Vergl. Abegg, die verschiedenen Strafrechtstheorien S. 94. Not. 101.

peinl. Gerichtsordnung an Werth vorgezogen hat[1]), enthält unverkennbar die Anweisung für den Richter, das Verbrechen, seiner ganzen äußern Erscheinung nach bei der Zumessung der Strafe zu Grunde zu legen. „Perspiciendum est judicanti, sagt Marcianus, ne quid aut durius aut remissius constituatur, quam causa deposcit"; — und weiter: „sed perpenso iudicio, prout quaeque res expostulat statuendum est"; womit unmöglich gemeint seyn kann, daß der Richter auf eine höchst einseitige Weise blos das Daseyn des bösen oder gesetzwidrigen Willens berücksichtigen und die äußere Beschaffenheit der That, und insbesondere den Erfolg derselben ganz unbeachtet lassen solle[2]). Ueberdieß wird aber der Richter in einem anderen, die Hauptmomente der Strafzumessung in allgemeiner Zusammenstellung enthaltenden Fragmente aus des Claudius Saturninus Lib. sing. de poenis paganorum[3]) ausdrücklich angewiesen, auch den eventus

1) Nämlich Joh. Oldendorps Urtheil, ausgesprochen im J. 1544 in einem Buche über die bürgerl. Klagen. S. Malblank Gesch. der peinl. Ger.-Ordn. S. 210.

2) Auf ganz übereinstimmende Weise rescribirt der Kaiser Antoninus L. 4. §. 1. in f. D. de incend. (XLVII. 9.) „Et omnino, ut in caeteris, ita hujusmodi causis ex personarum conditione et rerum qualitate, et diligenter sunt aestimandae, ne quid aut durius aut remissius constituatur, quam causa postulabit", nachdem vorher zwischen pravior praeda und „si non magnae pecuniae res fuerint" unterschieden worden ist. Ebenso müssen die Ausdrücke, der Richter solle pro rei conditione pro modo delicti, pro mensura cujusque delicti, pro qualitate admissi, durius, prout admiserint, ahnden, L. 6. D. ad L. Jul. pecul. (XLVIII. 13.) L. 7. D. de L. Fabia de plag. (XLVIII. 15.) L. 3. D. ad SCtum Turpill. (XLVIII. 16.) L. 3. D. ad L. Corn. de fals. (XLVIII. 10.) L. 7. §. 3. D. de L. Jul. repetund. (XLVIII. 11.) nothwendig zugleich auf die äußere Schädlichkeit und Gefährlichkeit der That bezogen werden.

3) L. 16. D. de poenis.

zu berücksichtigen. Saturninus beginnt nämlich mit der Beantwortung der Frage, was überhaupt gestraft werde, wobei er sagt: Aut facta puniuntur, ut furta caedesque; aut dicta, ut convicia et infidae advocationes; aut scripta, ut falsa et famosi libelli; aut consilia, ut conjurationes, et latronum conscientia, quosque alios suadendo juvisse, sceleris est instar"; und insoweit mußte diese Stelle schon Oben bei den Bedingungen der absoluten Strafbarkeit[1]) als wichtig hervorgehoben werden. Bei diesen vier Arten strafbarer Handlungen, fährt Saturninus fort, (und dieß gehört blos zur relativen Strafbarkeit oder zum Maaßstab der Strafe), sind aber sieben Momente ins Auge zu fassen. „Sed haec quatuor genera (sc. delictorum) consideranda sunt septem modis: causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate et eventu, welches offenbar fast sämmtlich objective, oder aus der äußern Beschaffenheit der Handlung entlehnte Strafzumessungsgründe sind. Näher bestimmt und durch Beispiele erläutert werden dann diese sieben Momente der Strafbarkeit in den folgenden Sätzen, wobei wir am Schlusse hinsichtlich des eventus folgende Stelle finden, von welcher Cropp sagt[2]), sie sey den Interpreten immer ein Stein des Anstoßes gewesen und müsse zu den leges damnatae gerechnet werden:

Eventus spectatur, ut a clementissimo quoque facta, (quanquam lex non minus eum, qui occidendi hominis causa cum telo fuerit, quam eum qui occiderit, puniat). Et ideo apud Graecos exsilio voluntario fortuiti casus luebantur, ut apud praecipuum poëtarum scriptum est: *εὖτε με τυτθὸν ἔοντα* Μενοίτιος *ἐξ* Ὀπόεντος etc.

1) S. Oben Th. I. S. 136.

2) De praecept. jur. Rom. circ. pun. conat. S. I. p. 52.

§. 188.

Eine Schwierigkeit liegt allerdings schon in der Auswahl und Berichtigung des Textes[1]); schwieriger ist aber noch die Feststellung des wahren Sinnes dieser Stelle. Nicht von besonders erheblichem Einflusse auf Letzteren ist es, ob wir spectetur oder spectatur lesen, dagegen fragt es sich, wie die folgenden corrumpirt scheinenden Worte, ut a clementissimo quoque facta zu verstehen sind, und wen Saturninus mit dem Ausdrucke clementissimus hat bezeichnen wollen, ob den Richter, oder Denjenigen, von dessen Bestrafung die Rede ist, und, was das Wichtigste ist, ob die ganze Stelle blos auf culpose Delicte, insbesondere Tödtung, zu beziehen oder die Berücksichtigung des eventus als eines wichtigen Strafzumessungsgrundes auch von dolosen Verbrechen zu verstehen sey. Daß Saturninus weiter Nichts sagen wolle, als, auch die Fahrlässigkeit werde zuweilen bestraft, behauptet schon Cujacius[2]), und ihm ist Matthaeus[3]) und in der neuern Zeit Cropp[4]) gefolgt, der freilich um so mehr dazu ge-

1) Denn es finden sich hier mehrere abweichende Lesarten: 1. Statt spectatur, wie es sich in der Vulg. findet, lies't die Florent. spectetur. Man muß aber Cropp beistimmen, welcher den Indicativ vorzieht, weil Saturninus in allen vorgehenden Sätzen diesen und nicht den Conjunctiv gebraucht. Vergl. Cropp. l. c. p. 52. Not. 1. — — 2. Statt clementissimo, wie es die Florent. giebt, findet sich in der Vulg. u. Haloandr. das hier offenbar sinnlose Wort: dementissimo, was die Glosse durch den Zusatz erläutern will: „A dementissimo, non solum a sapienti". Für die florentinische Lesart spricht auch die Uebertragung der Basiliken, welche sich des Ausdrucks „ἀπὸ τῶν πρᾴων ἀνθρώπων" bedienen. — Von geringerer Bedeutung sind noch folgende Abweichungen: Statt quoque, „quoquo"; statt fuerit; „ferit."

2) Observ. XIX. 10.

3) de criminib.

4) de praecept. jur. Rom. circ. pun. conat. I. p. 58 ff. — Auch

nöthigt war, weil außerdem die Stelle mit seiner ganzen, dem römischen Rechte untergeschobenen Ansicht in Widerspruch getreten seyn würde. Dagegen scheint der Sinn unserer Stelle allgemeiner aufgefaßt zu werden in der Glosse, welche dazu folgende Bemerkung enthält: A dementissimo, non solum a sapienti. Nam interest habuerit eventum crimen vel non: quamquam interdum hoc non consideretur: ut subjicit L. 7. D. et L. 7. Cod. ad L. Corn. de sicar., worin sich keine Beschränkung auf culpose Delicte erkennen läßt[1]. Eine ausführlichere Entwickelung dieser Ansicht enthält eine academische Schrift aus dem Anfang dieses Jahrhunderts[2]), welche blos der Erklärung unseres Textes gewidmet ist, und deren Verfasser folgende Erläuterung giebt:

„Denique eventus spectetur, ut a clementissimo quoque facta (sc. spectantur), i. e. denique tam eventus quam ipsorum, quae consulto et ex voluntate egit, atque agere voluit reus, a clementissimo quoque ratio habeatur. Judex enim clementissimus qualis est, qui tam juri quam aequitati studet, in poena maleficis statuenda non solum eventum atque rerum exitum spectare debet, ipsumque unicum poenae dictandae modum putare, verum etiam factorum eorumve, quae e consilio atque voluntate gessit reus, atque exinde revera ab ipso gesta et facta dici possunt, rationem habere tenetur, ita ut

Luden über den Versuch S. 29. adoptirt die Ansicht, daß die Stelle nur von culposen Delicten handele.

1) Auch Bartolus ad L. data opera (11.) Cod. de his qui accus. poss. (IX. 1.) führt die Stelle auf eine Weise an, welche zeigt, daß er sie von allen, nicht blos von culposen Delicten verstehe.

2) C. G. G. Moosdorfer-Rossberger (Praes. C. H. Haase) Commentarius ad L. 16. §. 8. D. de poen. Lips. 1818.

eventum cum proposito comparet, errorem et casum culpamque a dolo discernat, an proposita ad finem usque sint perducta nec ne, videat atque disquirat; hisque omnibus solide ac accurate perpensis atque ponderatis, poenam maleficis statuat, ordinariam, si dolo et proposito exitus responderit, alterutro autem deficiente vel extraordinariam vel prorsus nullam..."

Der Sinn unserer Stelle soll hiernach kurz folgender seyn: Der Richter darf weder allein nach dem Erfolge, noch allein nach dem Willen urtheilen, sondern muß Beides zugleich ins Auge fassen. Die ordentliche Strafe findet hiernach nur Statt bei absichtlichen und vollendeten Verbrechen; eine außerordentliche dagegen beim blosen Versuche (wenn nicht ein bestimmtes Gesetz auch diesen der ordentlichen Strafe unterwerfe) u. bei culposen Delicten, wie bei einem Todtschlag in rixa, wovon die Homerische Stelle ein Beispiel enthalte.

§. 189.

Allein wenn auch diese Erklärung insofern zu billigen ist, als sie die Berücksichtigung des eventus nicht blos auf culpose Delicte beschränkt, sondern auch auf dolose Verbrechen bezogen hat, so müssen wir ihr doch in jeder anderen Hinsicht unsere Beistimmung versagen. Ganz richtig ist schon von Cropp dagegen eingewendet worden, daß die Worte „a clementissimo quoque" durchaus nicht auf den Richter bezogen werden können [1]), sondern von dem zu Bestrafenden zu verstehen sind, und daß die Auffassung des Wortes facta im Gegensatz zu eventus und die Beziehung desselben auf Wille und Absicht des Thäters eine dem ganzen Zusammenhange der Stelle und dem römischen Sprachgebrauche widersprechende sey [2]). Als Hauptfehler

1) Cropp l. c. p. 55. S. auch Sanio ad L. Corn. de sicar. p. 109.
2) Cropp l. c. p. 56.

dieser Erklärung betrachten wir aber, daß dadurch dem römischen Strafrechte eine demselben ganz fremde, allgemeine Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung zu Grunde gelegt und, unter Voraussetzung einer, dem römischen Rechte gänzlich fehlenden allgemeinen Regel über die Strafbarkeit des Versuches, die Behauptung aufgestellt wird, das delictum consummatum treffe die ordentliche, das attentatum eine außerordentliche Strafe. Das römische Recht bestraft ja, wie Oben ausführlicher nachgewiesen ist, den Versuch als solchen gar nicht, sondern Grundprincip ist: Eine Handlung unterliegt nur insofern einer Strafe, als sie die Merkmale der in einer Lex bedrohten an sich trägt, oder unter den Begriff eines der extraordinaria crimina subsumirt werden kann[1]). Besteht nun für die Handlung eine bestimmte Strafdrohung, eine legitima poena, so muß der Richter diese aussprechen, insofern nicht ein rechtlich gültiger Milderungsgrund (wozu aber das Nichteintreten des beabsichtigten zum Begriffe des Verbrechens nicht gehörigen Erfolges nicht gehört) eine Herabsetzung der gesetzlichen Strafe nothwendig macht[2]). Ist es dagegen ein extraordinarium crimen, für welches die Strafe immer eine arbiträre ist, so gehört zwar der eventus auch

1) S. Oben Th. I. S. 135.

2) z. B. L. 38. §. 8. D. ad L. Jul. de adult. (XLVIII. 5.) „Ei, qui uxorem suam in adulterio deprehensam occidisse se non negat, ultimum supplicium remittl potest, cum sit difficillimum, justum dolorem temperare: et quia plus fecerit, quam quia vindicare se non debuerit, punienduus sit: sufficiet igitur, si humilis loci sit, in opus perpetuum eum tradi, si qui honestior, in insulam relegari". — L. 4. Cod. eod. (IX. 9.) „Sed si legis auctoritate cessante, iucousulto dolore (maritus) adulterum interemit: quamvis homicidium perpetratum sit, tamen quia et nox et dolor justus factum ejus relevant, potest in exilium dari".

nicht immer zur absoluten Strafbarkeit [1]), dagegen ist bei der Zumessung der Strafe, neben andern Gründen der relativen Strafbarkeit (causa, persona, locus, tempus, qualitas, quantitas) auch das Daseyn und die Beschaffenheit des effectus oder eventus zu berücksichtigen. Und dieß gilt nicht blos von culposen, sondern auch von dolosen Verbrechen, wogegen Cropp ganz ohne Grund in die Schranken getreten ist [2]). Denn Saturninus will in der L. 16. cit. allgemeine Strafzumessungsgründe aufstellen, und es wird Niemandem einfallen, zu behaupten, daß die in den dem eventus vorausgehenden Paragraphen genannten Gründe nicht auf alle Verbrechen zu beziehen seyen, wo eine arbiträre Bestrafung Statt findet. Folglich muß das nämliche auch vom eventus gelten, insofern sich nicht eine ausdrückliche Beschränkung nachweisen läßt, die aber darin, daß Saturninus dabei der culposen Tödtung als eines Falles gedenkt, wo die Berücksichtigung des eventus recht auffallend hervortritt, eben so wenig gefunden werden kann, wie in den vorhergehenden Sätzen aus der Anführung von Beispielen folgt, daß der genannte Strafzumessungsgrund nur für diese gelte. Wäre die Berücksichtigung des eventus nicht auch auf dolose Verbrechen zu beziehen, so würde auch der etwas ungeschickt eingeschobene Zwischensatz Quamquam Lex non minus etc. offenbar gar keinen richtigen Gegensatz

1) Wie z. B. nicht bei dem Directariat, der Sollicitatio alienarum nuptiarum, u. a. m., wohl aber beim Stellionatus, Abigeatus, der Concussion u. s. w.

2) Vergl. dagegen vorzüglich Sanio ad L. Cornel. de sicar. p. 109 f. Ganz passend ist hierbei die Beziehung auf eine Stelle in Cicero orator. partit. c. 11. „Jam facta et eventus aut consilii sunt aut imprudentiae, quae est aut in casu aut in quadam animi permotione". S. auch über die L. 16. §. 8. cit. Lelièvre de conat. delinq. p. 101-106.

bilden[1]) und wenn es heißt: Eventus spectatur, ut a clementissimo quoque facta, so scheint gerade in diesem quoque angedeutet zu werden, daß nicht blos beim Dolus sondern auch bei der Culpa der Erfolg berücksichtigt werde. Wie nun übrigens die angeführten Worte zu interpretiren seyen, namentlich das keinen rechten Zusammenhang gewährende facta, ob dabei ein ausgefallenes „caede" subintelligirt, ob facto oder factis als Ablativus absolutus gelesen werden müsse[2]), können wir dahin gestellt seyn lassen. Vielleicht hat Saturninus geschrieben „ut *in* clementissi*mi* quoque facto" und dieß ist jedenfalls der Sinn unserer Stelle, wie ihn auch die Basiliken[3]) wiedergeben, wenn sie sagen:

„*Ἀποτέλεσμα* (sc. *ἐξετάζεται*), *ὡς ἐπὶ τῶν ἁμαρτανομένων ἀπὸ τῶν πράων ἀνθρώπων, εἰ καί ὁ νομος οὐκ εἴωθε προσέχειν τῷ ἀποτελέσματι, ὡς ἐπὶ τοῦ περιτόντος ἐνόπλου ἐπὶ τῷ φονεῦσαι. Ὁ δὲ ἀκούσιος φόνος ἐξορίαν ἐπιφέρει*".

§. 190.

Sehr bestärkt wird aber die Ansicht von der gleichmäßigen Berücksichtigung des effectus auch bei dolosen Verbrechen, mit der Wirkung einer verschiedenen Strafbestimmung, durch eine Stelle, worin wir ganz unzweifelhaft die größere oder geringere Strafe von jenem Umstande abhängig gemacht finden. Wir meinen nämlich die schon in anderer Beziehung hervorgehobene[4]) L. 1. §. 2. D. de ex-

1) Vergl. Sanio l. c. p. 110. Not. 73.
2) Vergl. Cropp l. c. p. 57.
3) Lib. LX. Tit. 51. c. 16. §. 8.
4) Oben Th. I. S. 152. 153. Vielleicht ließe sich auch L. 39. D. de poenis als eine ähnliche Beweisstelle betrachten. „Cicero in oratione pro Cluentio Avito scripsit, Milesiam quandam mulierem, cum esset in Asia, quod ab haeredibus secundis

traord. crim. wo für gewisse Unzuchtsverbrechen, wenn der verbrecherische Zweck erreicht ist, (perfecto flagitio) die Todesstrafe, außerdem aber (imperfecto flagitio) eine geringere Strafe angeordnet wird. Wenn gleich nun diese Stelle nicht zum Beweise der Behauptung dienen kann, wozu man sie meistens benutzt hat, daß auch das römische Recht zwischen Versuch und Vollendung unterscheide, weil darin nur von verschiedenen Stufen der Strafbarkeit eines vollendeten Verbrechens die Rede ist[1]), so liefert sie doch nichts desto weniger einen Beleg 1) gegen die Behauptung, daß der mißverstandene Satz in maleficiis voluntas spectatur non exitus in der ihm untergeschobenen Bedeutung ein allgemeines Prinzip des römischen Rechts sey, und beweis't 2) daß dem letzteren die Annahme einer verschiedenen Strafbarkeit nach Verhältniß des Fortschreitens der verbrecherischen Thätigkeit nicht fremd ist, weshalb auch später, als man zwischen Versuch und Vollendung zu unterscheiden anfieng, nicht ohne Grund behauptet werden konnte, daß die Beachtung jenes Strafzumessungsgrundes und hier-

accepta pecunia partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam. Sed et si qua visceribus suis post divortium, quod praegnans fuerit, vim intuierit, ne jam inimico marito filium procrearet: ut temporali exilio coerceatur, ab optimis imperatoribus nostris rescriptum est". Beziehen wir nämlich den zweiten Fall, wie es gewiß viel Wahrscheinlichkeit für sich hat, da sonst kein hinreichender Grund für die verschiedene Strafbarkeit vorliegen würde, auf einen ohne Erfolg gebliebenen Versuch der Abtreibung, der aber nach römischer Ansicht auch schon eine vollendete injuria involviren würde, so beweist die Stelle ebenfalls, daß man den eventus bei der Strafbestimmung sehr berücksichtigte. Den verschiedenen Motiven die im ersten und zweiten Falle angedeutet werden und dem Umstande, daß im ersten Falle die That nach dem Tode des Mannes, im zweiten aber post divortium geschah, kann wohl kaum ein solcher Einfluß zugestanden werden.

1) Oben Th. I. S. 153.

nach die Unterscheidung von Stufen des Versuches dem Geiste des römischen Rechtes wohl entspreche. Hiermit steht auch der §. 1. der L. 1. D. de extraord. crim. durchaus nicht im Widerspruch. Denn wenn es daselbst heißt: „Sollicitatores alienarum nuptiarum — etsi effectu sceleris potiri non possunt, propter voluntatem perniciosae libidinis extra ordinem puniuntur", — so ist klar, daß hier nur von der absoluten und nicht von der relativen Strafbarkeit die Rede ist[1]).

§. 191.

II. Die Leges publicorum judiciorum der Römer.

Von diesem bisher betrachteten allgemeinen Maaßstabe weicht nun aber allerdings eine Mehrzahl von Leges publicorum judiciorum ab, in welchen wir, ohne Unterscheidung von Versuch und Vollendung, eine Reihe von Handlungen neben einander gestellt und ein und derselben legitima poena unterworfen finden, welche ein neuerer Gesetzgeber als Versuchshandlungen betrachtet und auch hinsichtlich der Strafbestimmung von den consummirten Verbrechen unterschieden haben würde. Die ersten sichern Spuren dieser Maxime finden wir in den Gesetzen des Dictators Lucius Cornelius Sulla[2]). Dieser Mann, welcher eine

1) Eine andere Stelle, wo von Bestrafung des eventus gesprochen wird, die sich aber mehr auf die Ahndung eines nicht beabsichtigten Erfolges bezieht, oder, nach neuerem Sprachgebrauche, den Fall einer s. g. Culpa dolo determinata enthält, ist L. 38. §. 5. D. de poenis: „Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam, amissa parte bonorum relegantur: quod si eo mulier aut homo perierit, summo supplicio afficiuntur".

2) S. vorzüglich L. Cornelius Sulla, genannt der Glückliche, als Ordner des römischen Freistaates dargestellt von K. S. Zachariae. Heidelb. 1834. insbesondere die 2te Abtheilung. Die

Zeit lang Rom unumschränkt beherrschte, hielt es, nachdem er aus dem Kampfe der Aristocratie gegen die Democratie durch Vernichtung des Marius, des Repräsentanten der letzteren, siegreich hervorgetreten war, für nothwendig, den bisherigen anarchischen Zustand durch eine fast alle Zweige der Verfassung und Regierung des Staats umfassende Gesetzgebung zu heben und dadurch für die Zukunft eine feste und dauernde Ordnung zu begründen. Von besonderer Wichtigkeit mußte in dieser Beziehung eine Reform und Erweiterung des bisher bestandenen sehr unvollkommnen Strafrechtes[1]) der Republic seyn, um auch hierdurch gegen die aus den bürgerlichen Unruhen hervorgegangene tiefe Sittenlosigkeit zu wirken und die seit der Zeit der Proscriptionen durch Schaaren von Banditen (sicarii)[2]) fast gänzlich aufgehobene Sicherheit des Lebens der Bürger wieder herzustellen. Besonders in dieser Beziehung konnte es nicht als genügend erscheinen, den Anklagen wegen Mordes nach früherem Rechte wieder Wirksamkeit zu verschaffen, sondern die Gesetze mußten, um dem überhand genommenen Gebrauch von Gift und Dolch zu begegnen, schon den Versuch der Anwendung, das bewaffnete Auflauern und die Zubereitung, oder den Besitz von Gift in mörderischer Absicht, als gefährliche Handlungen mit Strafe bedrohen und auch Diejenigen der Anklage unterwerfen, welche als Anstifter jener Verbrechen zu betrachten waren. Auf diese Weise erklären sich die schon Th. I. S. 111. wörtlich angeführten Bestimmungen der Lex Cornelia de sicariis. Sie waren dringend durch das Bedürfniß geboten; sie er-

früheren Schrift von Henr. Melch. Vockestaert, Diss. Hist. jurid. de L. Cornelio Sulla legislatore Lugd. Bat. 1816. ist mir leider nicht zugänglich gewesen.

1) Das Wichtigste, was wir darüber wissen, ist Oben Th. I. S. 106 ff. zusammengestellt.

2) Vergl. Sanio ad L. Corn. de sicar. p. 78 seq.

scheinen nicht als ein Werk despotischer Willkühr und höchst ungerecht ist das Urtheil von Montesquieu, welcher sagt, daß Sulla nur darauf ausgegangen sey, die Verbrechen zu vermehren und daß er, weil er eine Anzahl von Handlungen für Mord erklärt habe, auch überall Mörder gefunden habe [1]). Nimmt man auf die damalige Lage der Dinge Rücksicht, so wird man die Strenge des Gesetzes gegen Diejenigen, qui hominis necandi seu furti faciendi causa ambulaverint, oder qui venenum malum hominis necandi causa fecerint, vendiderint, emerint, habuerint, dederint, sehr begreiflich finden und die Gleichstellung hinsichtlich der Strafbarkeit mit denjenigen, welche wirklich einen Menschen telo oder veneno getödtet haben, wird weniger auffallend, wenn man erwägt, daß 1) die im Cornelischen Gesetze angeordnete Strafe des Exils gegen dergleichen Mordversuche an sich nicht zu hart genannt werden konnte [2]), daß es vielmehr 2) an einer strengern Strafdrohung gegen die vollendete Missethat fehlte, was wieder in der Beschränktheit des damaligen Strafensystems seinen Grund hatte und daß 3) das Gesetz gar nicht in gefährlicher Allgemeinheit alle Versuche für strafbar erklärt, sondern die der gleichen Strafbarkeit unterworfenen Handlungen so bestimmt bezeichnete, daß die willkührliche Subsumtion zweifelhafter Fälle gänzlich ausgeschlossen war [3]). Wenn man aber nicht ohne Grund annehmen darf, daß die Cornelische Straf-Gesetzgebung auch die Meisten derjenigen Verbrechen umfaßte [4]), welche spätere Pompejische und

1) S. dageg. Zachariä a. a. O. Abth. II. S. 17—20.

2) Zachariä a. a. O. J. Chr. Fr. Meister Urtheile u. Gutachten S. 424.

3) Zachariä a. a. O. Abth. II. S. 21. u. Oben Th. I. S. 113.

4) Zachariä a. a. O. welcher noch überdieß die nicht ganz unwahrscheinliche Hypothese aufstellt, daß der Reihenfolge der Pandekten-Titel de publicis judiciis die Ordnung zu Grunde liege in der Sulla seine Gesetze vor das Volk brachte.

Julische [1]) Gesetze einer neuen in mehrern Punkten erweiterten Strafdrohung unterwarfen, so würde sich hieraus erklären, wie gerade in diesen Gesetzen mit wenigen Ausnahmen [2]) eine Uebereinstimmung hinsichtlich der Bedrohung von Versuchshandlungen hervortritt, wie sie von einem das Prinzip der gefährlichen Handlung festhaltenden Gesetzgeber zu erwarten war, welches weder im frühern Rechte herrschte, noch in den unabhängig von der Sullaschen Gesetzgebung entstandenen Leges, wie in der L. Julia de adulteriis, peculatus u. A. sich erkennen läßt.

§. 192.

Welche Handlungen, die wir als verbrecherische Versuche zu betrachten gewohnt sind, in den einzelnen Leges

1) Einer L. Cornelia majestatis (Dig. 48, 4.), wird gedacht bei Ascon. Pedian. in Ac. Cornelianam. Von einer L. Corn. de adulteriis (Dig. 48, 5.) wissen wir Nichts. Eine Lex de vi (Dig. 48. 6 u. 7.) war ihrem uns bekannten Inhalte nach die L. Corn. de injuriis (L. 5. D. de injur.). Unverändert blieb die Lex Cornelia de sicariis et veneficiis. (Dig. 48, 8.) und als ausgemacht ist es zu betrachten, daß dieselbe auch eine Bestimmung über die Strafe des parricidium enthielt, dessen Begriff die L. Pompeja (Dig. 48, 9.) erweiterte. Vergl. Oben Th. I. §. 70. Bei Suetonius Vita Neronis c. 33 wird auch einer Lex Julia de veneficiis gedacht, von der jedoch jede weitere Spur fehlt. Unverändert blieb die Lex Cornelia de falsis (Dig. 48, 10.). Daß es eine Lex Cornelia repetundarum (Dig. 48, 11.) gegeben, ist gewiß. Dagegen wissen wir nichts von einer L. Corn. peculatus. (Dig. 48, 12.) u. de annona (Dig. 48. 13.). Einer L. Cornelia de ambitu wird zwar gedacht doch ist ihr Urheber zweifelhaft (Dig. 48, 14.). Die Lex Fabia de plagiariis, deren Alter ungewiß ist, die aber Cicero jedenfalls schon kennt, blieb unverändert. (Dig. 48. 15.).

2) z. B. bei dem auch in der Lex. Corn. de sicariis bedrohten incendium hinsichtlich dessen es an jedem Beweise fehlt, daß auch der blose Versuch eine Anklage begründet habe. S. Oben Th. I. §. 69.

publicorum judiciorum bedroht waren, ist schon Oben Th. I. §. 68—74 im Detail nachgewiesen worden[1]). Auf diese beschränkte sich aber das Prinzip der gleichen Strafbarkeit mit der Vollendung und wurde auch in der spätern Praxis und von den Juristen der Kaiserzeit festgehalten, weil es die noch anwendbaren Leges so mit sich brachten[2]). Wenn uns aber der oben versuchte Beweis (Th. I. §. 75 ff.) gelungen seyn sollte, daß es auch im spätern römischen Rechte und noch in der Justinianischen Gesetzgebung an einer allgemeinen Regel über die absolute Strafbarkeit des Versuches gänzlich fehlt, so folgt daraus mit Nothwendigkeit, daß auch von einem allgemeinen, die relative Strafbarkeit betreffenden Satze des Inhaltes, daß der Versuch eben so hart wie die Vollendung zu strafen sey, selbst bei den publicis criminibus nicht die Rede seyn konnte, und nur soviel kann man allenfalls zugeben, daß die römische Praxis vielleicht bei denjenigen Verbrechen (wie z. B. dem Morde) bei welchen die alte Lex auch (bestimmt bezeichnete) Versuchshandlungen der legitima poena unterwarf, das Gebiet des strafbaren Versuches ad exemplum legis erweiterte[3]). Auch läßt sich

1) Inwieweit das römische Recht hochverrätherische Versuchshandlungen straft, ist genauer entwickelt in meiner Abhandlung über diese Frage im Archiv des Criminalrechts. Jahrg. 1838. S. 354 ff.

2) Wenn in L. 38. §. 12. D. de poenis der „miles, qui sibi manus intulit, nec factum peregit" mit der Todesstrafe bedroht wird, so liegt der Grund dafür mehr in Rücksichten der militairischen Disciplin, (welche überhaupt den Soldaten in vielen Fällen einer strengern Strafe unterwarf als den paganus L. 14. D. eod.) als in einer Anwendung der Grundsätze der Lex Cornelia. — Die L. 3. §. 6. D. de bonis eorum (XLVIII. 21.) redet vom Versuche des Selbstmordes eines noch in Untersuchung befangenen Verbrechers und beantwortet nur die Frage, „an debeat puniri, quasi de se sententiam tulit" d. h. ob in dem Versuche des Selbstmordes ein stillschweigendes Geständniß der Schuld liege?

3) Mehrere kaiserliche Rescripte bedienen sich allgemeiner, jede Art

nicht leugnen, daß diese Gesetze in der spätern Zeit dadurch ein viel strengeres Ansehn erhielten, daß der in kaiserlichen Constitutionen bestätigte Gerichtsgebrauch die legitima poena meistens verdrängte und an die Stelle der in den Cornelischen und Julischen Gesetzen angeordneten Strafe der aquae et ignis interdictio die Todesstrafe setzte [1]), wenigstens für personae humiliores. Dieß berechtigt uns aber nicht

von Versuch bezeichnender und alle möglichen Mittel umfassender Ausdrücke. L. 8. Cod. ad L. Corn. de sicar. L. 1. Theod. Cod. eod. „Si quis necandi infantis piaculum aggressus sit". L. 9. eod. u. L. 4. Theod. Cod. ad L. Jul. de adult. (IX, 7). „Si forte mulier marito mortis parasse insidias vel quovis alio genere voluntatem occidendi habuisse inveniatur, vel si maritus eodem modo insectetur uxorem". — —

1) Die spätere Zeit ist bei der Angabe der legitima poena oft nicht genau und schreibt den Leges publicorum judiciorum die auf dem Gerichtsgebrauche beruhende Strafe zu. Daß z. B. die Strafe der Lex Corn. de sicariis die aquae et ignis interdictio war, beweist Collatio XII. §. 5. vergl. mit L. 15. D. de poenis. Ungenau ist schon Marcianus in L. 3. §. 5. D. h. t. wenn er sagt: „Legis Cornelliae de sicariis et venefiis poena insulae deportatio est et omnium bonorum ademptio. Sed solent hodie capite puniri, ut poenam legis sustineant. Humiliores enim solent vel bestiis subjici, altiores vero deportantur in insulam". Paulus dagegen giebt die hinsichtlich der Strafe eingetretene Aenderung dahin an: „Quae omnia facinora (nämlich die in der L. Cornelia bedrohten) in honestiores poena capitis vindicari placuit: humiliores vero in crucem tolluntur aut bestiis subjiciuntur". Mit Marcianus stimmt mehr überein Modestinus in L. 16. D. h. t. Vergl. Sanio ad Leg. Corn. de sicar. p. XVI f. Auf ähnliche Weise wurde bei andern criminibus publicis, wie dem crimen majestatis, vis, falsi, adulterii, plagii u. A. die legitima poena zum Theil und mit Berücksichtigung des Standes des Verbrechers durch die Todesstrafe und andere härtere Strafübel damnatio ad metalla u. s. w. verdrängt. Anachronismen enthalten meistens die Rezitationen im Tit. Inst. de publicis judiciis.

zu der Annahme, daß man die Todesstrafe gegen die in den einzelnen Leges bedrohten verbrecherischen Versuche gar nicht zur Anwendung gebracht, oder nun zwischen der Strafe des Versuches und der Vollendung unterschieden habe, und irrig ist die Ansicht von J. Chr. Fr. Meister[1]), daß nach neuerm römischem Rechte der Versuch des Mordes nicht mit der ordentlichen Strafe belegt worden sey. So lange, sagt er, die Strafe der Lex Cornelia in Ausführung gekommen sey, habe allerdings kein Unterschied zwischen der Strafe der Vollendung und des Versuches Statt gefunden. Als aber die Todesstrafe in Gebrauch gekommen sey, habe man diese nur gegen den vollendeten, gegen den versuchten aber nur die Strafe der Lex Cornelia oder die Deportation zur Anwendung gebracht. Es müßten daher diejenigen Stellen, welche den Versuch der Vollendung gleichstellen[2]), auf die eigentliche Strafe der Lex Cornelia, die altrömische Verbannung, oder die an deren Stelle getretene Deportation, bezogen werden und dieß gelte nicht blos vom Morde überhaupt, sondern auch vom Versuche des Parricidiums, welches die Lex Pompeja ebenfalls der allgemeinen Strafe der Lex Cornelia unterworfen habe[3]).

1) Urtheile u. Gutachten in peinl. u. and. Strafsachen. Frankf. 1808. S. 425 f. Ausführlicher schon widerlegt von Cropp de praecept. jur. rom. circa pun. conatum S. II. p. 92 — 97, wogegen Meister in seiner Antwort: „Ein paar Worte zur Vertheidigung meines Lehrsatzes, daß das römische Recht auf Attentate der Homicidien und der Parricidien keine Todesstrafe verordne", (im N. Archiv des Crimr. Bd. I. S. 465 — 470) nichts Erhebliches zu erwidern gewußt hat. Vergl. auch Lelièvre de conatu p. 127 seq. und Luden über den Versuch S. 421 ff.

2) Wie L. 1. pr. §. 1. D. L. 3. pr. D. ad L. Corn. de sicar. L. 7. C. eod. L. 16. §. 8. D. de poen. u. A.

3) Dagegen sprechen die bestimmten Zeugnisse über die fortdauernde Anwendung der poena culei gegen den parricida auch nach der

§. 193.

Allein wenn wir selbst gar keine bestimmte Aeußerung der Quellen darüber hätten, daß auch Mordversuche mit der Todesstrafe geahndet werden könnten, so würde doch schon der Umstand hinreichen, daß die römischen Juristen ganz bestimmt und wiederholt, trotz der hinsichtlich der Strafgattung eingetretenen Aenderung das Prinzip der Lex Cornelia de sicariis in unbestrittener practischer Gültigkeit hinstellen, ohne auch nur eine Andeutung zu geben, daß dasselbe durch Einführung der Todesstrafe aufgehoben sey. Daß nicht alle Versuche des Mordes überhaupt und des Verwandtenmordes insbesondere mit dem Tode bestraft worden sind, ist leicht möglich und selbst wahrscheinlich, wenn man erwägt, daß das richterliche Arbitrium nicht ausgeschlossen war, daß die Kaiser, da wo sie selbst entschieden, sich nicht an die dem Richter gesetzten Schranken zu halten brauchten [1]) und daß, wenn auch z. B. eine Anklage wegen Versuches des Vatermordes erfolgt war, gewiß der Verzeihung oder Fürbitte des Vaters, bei den Ansichten der Römer über die patria potestas und das eigene Richteramt des Vaters, ein großer Einfluß bei der Bestimmung der Strafe zugestanden wurde [2]). Unbegreiflich ist es

Lex Corn. de sicariis und Pompeia de parricidiis bei Cicero pro Roscio Amerino c. 25. Suetonius vita Neronis c. 45. Vita Augusti c. 33. Seneca de clement. I. 15. 23. Juvenalis Satir. VIII. v. 213. XIII. v. 153.

1) S. z. B. Suetonius vita Aug. c. 33. Wurde doch selbst der vollendete Verwandtenmord nicht immer mit der Todesstrafe geahndet! S. L. 5. Dig. ad L. Pomp. de parricid. worin erzählt wird, daß Kaiser Hadrian einen Vater, der den Sohn „qui novercam adulterabat" auf der Jagd „latronis magis quam patris jure" getödtet hatte, blos mit der deportatio in insulam bestraft habe.

2) Wichtig ist in dieser Beziehung das freilich an eine Mutter gerichtete Rescript in L. 14. Cod. de his qui accus. poss. (IX. 1.)

aber, wie Meister[1]) an den Umstand, daß im römischen Rechte „insidiae, vitae patris structae" als Enterbungsgrund genannt werden, die Folgerung knüpfen kann, daß deshalb eben jene Lebensnachstellungen nicht der Todesstrafe unterlegen haben könnten, da ja die öffentliche Bestrafung durch die Anklage des Vaters bedingt war (S. Not. 2.) und im Falle auch ein anderer Ankläger zugelassen worden wäre, doch meistens es vom Willen des Vaters abhieng, ob er die zur Verurtheilung erforderlichen Beweise liefern wollte. Zum Ueberfluß haben wir aber noch die von Meister ganz übersehene Stelle des Paulus in dessen Sententiae receptae[2]), welche auf die deutlichste Weise von der Welt auch die Mordversuche der Todesstrafe unterwirft.

„Lex Cornelia poenam deportationis infligit eis, qui hominem occiderint, ejusve rei causa, furtive faciendi cum telo fuerint: et qui venenum hominis necandi causa habuerint, vendiderint, paraverint: falsum testimonium dixerint, quo quis periret: mortisve causam praestiterint. Quae omnia facinora in honestiores poena capitis vindicari placuit; humiliores vero aut in crucem tolluntur, aut bestiis subjiciuntur"[3]).

„Propter insidias, quas tuae vitae paratas contendis, accusationem apud Praesidem provinciae contra filium tuum, si pietas et ratio naturalis animi tui non revocat intentionem, constituere potes". Deshalb beweisen die von Meister a. a. O. S. 433 f. angeführten Beispiele, in welchen Versuche des Verwandtenmordes nicht mit dem Tode geahndet oder gar nicht gestraft worden ist, durchaus Nichts für seine Behauptung. Vergl. Luden a. a. O. S. 122 f.

1) a. a. O. S. 434.

2) Lib. V. Tit. 23. §. 1. Auch in der Collatio LL. Mosaic. et Rom. Tit. I. §. 2.

3) Hierzu kommen noch die Zeugnisse, welche beweisen, daß man

Höchst inconsequent wäre es aber gewesen, wenn die Römer bei dem an sich viel strafbarern parricidium ein milderes Prinzip zur Anwendung gebracht hätten. Dieß würden wir nicht annehmen können, wenn es auch an jedem Ausspruche fehlte, daß hier der Versuch der Vollendung an Strafbarkeit gleichgestanden habe, wie ihn doch die L. 1. D. ad L. Pomp. de parricid. sehr deutlich enthält, und wobei die der Lex Pompeja zugeschriebene Verordnung „ut (parricida) poena ea teneatur, quae est legis Corneliae de sicariis" nicht auf die allgemeine Strafe dieser Lex, sondern bei den unzweifelhaften Zeugnissen über die fortdauernde Anwendbarkeit der poena culei, nur auf diese dem parricida schon in den XII Tafeln gedrohte eigenthümliche Strafe bezogen werden kann, welche die Lex Cornelia gewiß in einem besondern Kapitel bestätigt hatte.[1]).

Endlich ist aber auch noch folgende Erwägung nicht außer Acht zu lassen. Wäre die Ansicht, daß das neuere römische Recht hinsichtlich der Strafe einen Unterschied zwischen vollendetem und versuchtem Morde gemacht habe, gegründet, so müßten wir in den Quellen, ebenso wie bei der Lex Aquilia, wenn de servo occiso geklagt werden sollte, nothwendig Aeußerungen über den erforderlichen Causal-Zusammenhang zwischen Handlung und Erfolg oder über das s. g. corpus delicti im Sinne der italiänischen und deutschen Praxis finden. Hiervon zeigt sich aber in den von der öffentlichen

selbst nach Justinian an dem Prinzipe der Lex Cornelia festhielt. Harmenopulus Manual. Legum Lib. VI. Tit. VI. §. 1. „Mörder ist, wer die Absicht zu tödten hat, er mag tödten oder nicht tödten, sondern etwa verwunden, oder selbst noch ohne besondere Verletzung treffen, wen er morden gewollt hat". S. auch die Oben §. 189. a. E. angeführte Stelle der Basiliken.

1) Cicero pro Rosc. Amer. c. 5. 25. 26. L. 2. §. 32. D. de orig. jur. L. 4. Theod. Cod. IX. 19. „Cornelia de veneficiis, sicariis, parricidiis". Sanio ad L. Corn. de sicar. p. XXII.

Strafe des Mordes redenden Quellen nirgends auch nur die geringste Spur.

§. 194.

Insbesondere von der Anstiftung und vom Complotte nach römischem Rechte.

Noch bleibt uns die auch Oben bei der absoluten Strafbarkeit nicht gehörig erörterte Strafbarkeit der Anstiftung und des verbrecherischen Complottes nach römischem Rechte zur besondern Betrachtung übrig. Auch hier ist es zunächst unläugbar, daß das römische Recht weder für die Eine noch das Andere eine allgemeine Regel aufgestellt hat, obgleich sich, wenn man die zahlreichen Aeußerungen über die Strafbarkeit der Anstiftung bei den einzelnen Verbrechen zusammennimmt, nicht verkennen läßt, daß dieselbe wohl bei den meisten Verbrechen, mit verschiedenen Modificationen, bestraft worden ist, während vom Complotte bei Weitem weniger Stellen sprechen. Die Frage, welche uns hier interessirt, ist aber hauptsächlich die, ob und inwieweit das römische Recht die Anstiftung und das Complott als solche, als Versuche in unserem Sinne, auch bei unvollendet gebliebenem Verbrechen, oder wenn der Thäter gar nichts zur Ausführung desselben gethan hatte, einer Strafe unterwerfe und in dieser Beziehung glauben wir die Behauptung aufstellen und rechtfertigen zu können, daß, mit sehr wenigen Ausnahmen, dem römischen Recht eine Bestrafung der Anstiftung als solcher, mochte sie nun gelungen seyn oder nicht, oder des Complottes, zu dessen Ausführung gar nichts geschehen war, gänzlich fremd sey.

§. 195.

Was zunächst die Terminologien des römischen Rechts und die verschiedenen in den Quellen erwähnten Arten der Anstiftung betrifft, so finden wir zur Bezeichnung des

Complottes die Ausdrücke conjuratio [1]), conspiratio [2]), factio [3]) und mit Beziehung auf die zu verübenden verbrecherischen Handlungen, consilium inire [4]), societatem coire [5]), pactionem facere [6]). Als allgemeine Ausdrücke für die Anstiftung können wir betrachten: Qui dolo malo fecerit, ut [7]) etc; Qui auctor — fuerit [8]); Si quis curaverit oder procuraverit [9]); Is cujus instinctu [10]); Cujus opera dolo malo [11]), und insbesondere für den bösen Rath, Aufreitzung, Verführung, Ueberredung; consilium dare [12]), sollicitare [13]), concitare [14]), suadere und persua-

1) L. 16. pr. D. de poen. L. 8. D. ad L. Jul. maj.
2) L. 1. pr. D. de effractor.
3) L. 11. §. 2. D. de poen. „Factionem inire, factionis suscipere sacramentum". L. 5. Cod. ad L. Jul. majest.
4) L. 1. §. 1. D. ad. L. Jul. maj. L. 3. D. ad L. Jul. de vi publ.
5) L. 1. §. 1. D. ad L. Corn. de fals. Auch blos „dolo malo coire". L. 9. §. 3. D. eod. L. 2. D. de L. Jul. de annona.
6) L. 20. D. ad L. Corn. de fals.
7) §. 11. Inst. de injur. L. 4. §. 4. D. Vi bonor. raptor. L. 11. pr. D. de iujur. L. 1. §. 1. D. ad L. Jul. maj. Paulus S. R. V. 29. §. 1.
8) L. 3. §. 4. D. ad L. Corn. de sicar. „Auctores seditionis" in L. 38. §. 2. D. de poenis. Paulus S. R. V. 22. §. 1.
9) §. 11. Inst. de injur. L. 11. pr. D. de injur. L. 15. §. 10. D. eod. L. 3. D. ad L. Jul. maj. L. 7. §. 4. D. de bon. damnator. L. 3. §. 4. D. ad L. Corn. de sicar.
10) L. 5. D. de extraord. crim. Der Ausdruck „aiterius impulsu" in L. 7. §. 3. D. ad L. Aquil. bezieht sich offenbar auf einen physischen Stoß.
11) L. 1. §. 1. D. ad L. Jul. maj.
12) „Ope et consilio, opera aut consilio" besonders beim furtum. Paul. S. R. II. 31. §. 10. §. 11. Inst. de furt. L. 33. §. 1. D. de V. S. „Fraude aut consilio". L. 3. §. 8. D. de incend. — L. 36. pr. D. de furt. L. 50. §. 1. D. eod.
13) L. 1. §. 1. D. ad L. Jul. Maj.
14) L. 1. §. 1. L. 3. D. ad L. Jul. maj. „Seditionum concitatores". L. 16. D. de appellat. „Populo concitato". L. 38. §. 2. D. de poen.

dere[1]), suadendo juvare[2]), — für Befehl imperare[3]), jubere[4]), für den Auftrag mandare[5]), für's Dingen durch Lohn conducere, commodare[6]). Der mehrmals vorkommende Ausdruck causam mortis praebere oder praestare[7]) scheint zwar allerdings auch die verschiedenen Fälle der Anstiftung zu umfassen, wird aber auch auf die das Verbrechen nicht unmittelbar hervorbringenden Handlungen physischer Theilnahme bezogen[8]). Uebrigens umfaßt es auch diejenige Art der Anstiftung, welche durch Erregung oder Benutzung eines Irrthums begangen wird, z. B. das Vergehen desjenigen, qui venenum pro medicamento dedit[9]).

1) L. 36. pr. D. de furt. L. 52. §. 1. D. eod. L. 11. §. 6. D. de injur. L. 12. D. ad L. Jul. de adult. u. viele andere Stellen.
2) L. 16. pr. D. de poenis.
3) „Sive quis suis manibus — sive dum imperat". L. 7. §. 4. D. Arbor. furtim caes.
4) L. 7. D. de vi publ. L. 37. pr. D. ad L. Aquil. L. 169. D. de R. jur. Auch „metu atque exhortatione dominorum" in L. 8. Cod. ad L. Jul. de vi kann hierher bezogen werden.
5) L. 11. §. 3. 5. D. de injur. „Mandatores caedis". Paulus S. R. V. 23. §. 11. III. 5. §. 12. L. 5. Cod. de accusat. L. 5. Cod. si reus vel accusator.
6) L. 11. §. 4. D. de injur. L. 4. D. de vi publ. Paulus S. R. V. 26. §. 3.
7) Paulus S. R. V. 23. §. 1. L. 15. D. ad L. Corn. de sicar. L. 7. §. 6. D. ad Leg. Aquil.
8) Vergl. L. 11. §. 1. D. ad Leg. Aquil. wo von Demjenigen, welcher den Getödteten festhielt, während ein Anderer die tödtliche Handlung vollzog, gesagt wird „quasi causam mortis praebuit". S. auch L. 51. pr. D. eod. „Occidisse dicitur vulgo quidem, qui quolibet modo causam mortis praebuit: sed lege Aquilia is demum teneri visus est, qui adhibita vi et quasi manu causam mortis praebuisset". Denn die directa legis Aquiliae actio setzt ein damnum corpore et corpori datum voraus. Gegen den intellectuellen Urheber konnte daher nur eine in factum actio Statt finden. L. 7. §. 6. Dig. eod.
9) L. 7. §. 6. cit.

§. 196.

Suchen wir nun die Ansichten des römischen Rechts über die Bestrafung des Anstifters näher zu entwickeln, so finden offenbar auch die Römer den Grund der Strafbarkeit nicht blos in dem dolus malus des Mandans u. s. w. sondern darin, daß die intellectuelle Einwirkung zur Thätigkeit des physischen Urhebers entweder als Haupt- oder Nebenursache für die Existenz des Delict hinzugetreten ist. Schon Plautus sagt: Qui monet adjuvat und eben dahin zielt auch der Ausdruck, qui causam mortis praebuit. Allein darin weicht offenbar das römische Recht von den Ansichten der neuern Theorie ab, daß weiter kein Unterschied zwischen einem intellectuellen Urheber und einem blosen Gehülfen der Art gemacht wird, so daß also Nichts darauf ankömmt, ob der Entschluß des Thäters erst durch die intellectuelle Einwirkung hervorgerufen worden war, oder ob er auch ohne dieß das Verbrechen begangen haben würde. So sagt die L. 1. §. 4. D. de servo corrupto ausdrücklich: „Et verius est, etiamsi malo monstravit, in quem modum delinqueret, teneri eum; imo et si erat servus omnimodo fugiturus vel furtum facturus, hic vero laudator ejus propositi extitit, tenetur. Non enim oportet laudando augeri malitiam". Zwar beruft man sich zur Begründung der neuern Ansicht auf L. 11. §. 6. D. de injuriis, wo es heißt: „Atilicinus ait, et si persuaserim alicui alias nolenti, ut mihi ad injuriam faciendam obediret, posse injuriarum mecum agi", und entlehnt daraus per argumentum a contrario, daß wenn der Andere ohnedieß schon wollte, gegen mich keine Klage Statt finde[1]).

1) Martin Lehrb. des Criminalr. §. 80. Not. 6. Wächter Lehrb. des Strafr. I. S. 149 will die Stelle auf diejenigen Verbrechen beschränken, bei welchen kein strafbarer Conat begangen werden könne. Bei diesen könne man intellectueller Urheber

Allein dieß kann unmöglich der Sinn der Stelle seyn. Denn sie enthält nur eine Fortsetzung der in den vorhergehenden Paragraphen enthaltenen Fälle, und es müßte, wenn sie einen Gegensatz zu den letzteren bilden soll, in diesen die Injurienklage gegen den ohnedieß schon Wollenden ausgeschlossen seyn. Schon Accursius meint nun zwar, es müsse ein maxime supplirt werden, und Matthaeus[1]) billigt dieß, wenn er den Sinn des Gesetzes dahin bestimmt: „Omnis quidem qui instigavit injuriarum tenetur; maxime tamen is qui auctor fuit alias nolenti". Allein diese Erklärung erscheint dem ganzen Zusammenhange nach als unbefriedigend, und verfehlt ist auch die Erklärung von Luden[2]), welcher meint, der Sinn des §. 6. cit. dürfte wohl kein anderer seyn, als daß, wenn der physische Urheber der Injurie dieselbe nicht gewollt, d. h. keinen animus injuriandi gehabt habe, nicht gegen ihn, sondern allein gegen den Befehlenden die Injurienklage angestellt werden könne, weil der Gehorchende (im Gegensatz zum freiwilligen Mandatar) die Injurie nicht freiwillig begehe. Offenbar widerstreitet es allen natürlichen und positiven Rechtsprinzipien, daß der nicht zum unbedingten Gehorsam Verpflichtete, wenn er sich befehlen läßt, aller Verantwortlichkeit entzogen sey, und davon, daß er das Delict nicht freiwillig begehe, kann bei dem nicht Gezwungenen nicht die Rede seyn. — Die Sache ist die: Die Stelle spricht gar nicht von einer gegen einen Dritten vollzogenen Injurie, sondern nur von einer zu vollziehenden, und das

nur dadurch werden, daß man einen nicht schon vorher zur That Entschlossenen dazu bewege. Allein die Stelle redet ja von einer vollendeten Injurie, und es ist nicht einzusehen, wie bei einem consummirten Delicte noch etwas auf die Möglichkeit eines Versuches ankommen soll.

1) de criminib. Proleg. Cap. I. §. 10.

2) Ueber den Versuch S. 296. Not. 1.

Subject, von dessen Berechtigung zur Injurienklage gegen Denjenigen, qui persuaserit alicui alias nolenti, ut ad injuriam faciendam obediret, die Rede ist, kann nicht der noch gar nicht beleidigte Dritte seyn, sondern dem Nichtwollenden selbst wird gegen den Verführer eine Injurienklage zugesprochen, weil, wenn ich Demjenigen, der seinen Widerwillen schon erklärt hat (alias nolenti), wiederholt die Zumuthung mache, sich zu einer widerrechtlichen Handlung gebrauchen zu lassen, darin offenbar eine Beleidigung für ihn selbst liegt. Nur dieß kann dem ganzen Zusammenhange nach der richtige Sinn des Gesetzes seyn, wodurch es denn natürlich jede Beweiskraft in der oben angedeuteten Beziehung verliert.

§. 197.

Kehren wir aber nach dieser Digression zum eigentlichen Gegenstande unserer Untersuchung zurück, so behaupten wir: Das römische Recht bestraft in der Regel keinerlei Art der Anstiftung, nicht den bösen Rathgeber, den Mandanten oder Befehlenden u. s. w. blos wegen dieser intellectuellen Einwirkung auf einen Anderen; ja selbst die von Seiten des Letzteren hinzugekommene Erklärung, dem Verlangen des Anstifters gemäß handeln zu wollen, begründet für diesen noch keine Strafbarkeit, sondern letztere tritt erst dann ein, wenn eine in den Gesetzen bedrohte That wirklich vom Angestifteten begangen ist, und ist dann freilich insofern eine Versuchsstrafe, als die bedrohte That selbst nach unsern Begriffen in das Gebiet des Versuches fällt[1]). Wo aber der Anstifter gestraft

1) Eine Andeutung dieser Ansicht enthält schon der gründliche Kenner des römischen Criminalrechts Matthaeus, de criminib. Prolegom. Cap. I. §. 10. Nachdem er nämlich die gewöhnliche Unterscheidung: fueritne reus et absque instigatore peccaturus,

wird, trifft ihn in der Regel die nämliche Strafe, wie den Thäter. Denn wäre die Anstiftung als solche, auch die nicht gelungene, Gegenstand der Bestrafung gewesen, so hätte dieß entweder nur in Folge eines speciellen Gesetzes, oder durch Anwendung des allgemeinen Begriffes eines strafbaren Versuches geschehen können. Daß aber der letztere den Römern ganz fremd ist, wurde Oben nachgewiesen, und von einer gesetzlichen Bestimmung, welche die Anstiftung überhaupt und als solche getroffen hätte, findet sich keine Spur [1]). Dagegen ist es eben so natürlich als consequent, daß die Römer auch hier die Regel festgehalten haben: „Is enim committit in poenam, quam lex certo capite denunciat" [2]) und: „Nec consilium habuisse nocet, nisi et factum secutum fuerit" [3]).

nec ne gemißbilligt hat, fährt er fort: „Ilia distinctio magis in rerum legumque argumentis obtinet, qua distinguimus, fueritne eventus secutus, nec ne: ita enim circa furtum distinguimus — et circa injuriam. Excipio speciem propositam L. si quis servo 20. Cod. de furt. — Excipio etiam Juliam majestatis legem, qua tenetur, qui vel verba fuderit, contra principis majestatem".

1) Zwar könnte man die Aeußerung des Saturninus in L. 16. pr. D. de poenis entgegenstellen, wo unter den Gegenständen der Bestrafung auch genannt werden: „aut consilia, ut conjurationes aut latronum conscientia: quosque alios suadendo juvisse sceleris instar est". Allein dieß heißt doch nur, daß Fälle vorkommen, wo diese Handlungen bestraft werden, und die letzten auf den bösen Rath bezüglichen Worte setzen offenbar das vom Thäter vollzogene Verbrechen voraus. Ueberhaupt kann die Bedeutung einer solchen allgemeinen Aeußerung nur aus den einzelnen, ihre Grundlage bildenden, gesetzlichen Bestimmungen ermittelt werden.

2) L. 17. Cod. ad Leg. Jul. de adult. (IX. 9.) Vergl. auch L. 7. §. 3. D. ad L. Jul. maj. (XLVIII. 4.) „— parcendum est, si non tale sit delictum quod ex scriptura legis decendit vel ad exemplum legis vindicandum est".

3) L. 53. §. 2. D. de V. S.

§. 198.

Unwiderleglich steht dieß zunächst fest hinsichtlich der s. g. Privatdelicte. Denn 1. die furti actio setzt stets voraus, daß wirklich eine contrectatio rei fraudulosa Statt gefunden habe. Sola cogitatio furti faciendi non facit furem [1]). Ist aber ein furtum begangen, so geht allerdings die furti actio nicht blos gegen Denjenigen, qui furtum fecit, sondern auch gegen Denjenigen, cujus ope consilio furtum factum fuerit [2]). Ja hier beim furtum bestimmte die Usual-Interpretation den früher wohl streitigen Sinn der Worte „Ope et consilio" dahin, daß sowenig eine thätige Beihilfe ohne böse Absicht [3]), ebenso wenig auch das consilium malignum ohne thätige Beihilfe strafbar sey [4]), oder wenigstens nicht die furti actio be-

1) L. 1. §. 1. D. de furtis (XLVII. 2.) L. 52. §. 19. D. eod. „Hoc enim jure utimur, ut furtum siue contrectatione non fiat; quare et opem ferre vel consilium dare tunc nocet, cum secuta contrectatio est".

2) §. 11. Inst. de oblig. ex delict. (IV. 1.) „Interdum quoque furti tenetur, qui ipse furtum non fecit; qualis est is, cujus ope et consilio furtum factum est". Paulus S. R. II. 31. §. 10. —

3) Es genügt aber das Wissen, daß man den fur unterstütze. Den animus lucri faciendi braucht der socius nicht zu haben, auch nicht gerade die Absicht, ut socii furarentur. L. 50. §. 1. D. de furtis.

4) §. 11. Inst. IV. 1. „Certe qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti". L. 36. pr. D. de furtis. „Nec enim qui alicui malum consilium dedit, furtum facit". Hiermit scheint der Anfang der den Streit über den Sinn der Worte Ope consilio erwähnenden L. 53. §. 1. D. de V. S. von Paulus im Widerspruch zu stehen, während der Schluß ganz übereinstimmt. „Item dubitatum, illa verba, Ope consilio, (wahrscheinlich Worte des Prätors) quemadmodum accipienda sunt, sententiae conjungentium aut separantium? Sed verius est, quod et Labeo

gründe[1]). Liegt dagegen in dem bösen Rathe zugleich eine Beihilfe für das Delict eines Dritten[2]) (nicht des Berathenen), oder fällt das consilium dare unter den Begriff eines Mandates zum eigenen Vortheile des Rathgebers[3]), so findet allerdings die furti actio Statt, was man aber als keine Ausnahmen vom allgemeinen Prinzipe betrachten kann. Dasselbe gilt aber ohne Zweifel auch von den mit der furti actio verwandten Klagen, der vi bonorum raptorum und arborum furtim caesarum actio[4]). Auch hier

ait, separatim accipienda: quia aliud factum est ejus qui ope, aliud ejus qui consilio furtum facit. Sic enim alii condici potest: alii non potest: et saue post veterum auctoritatem eo perventum est, ut nemo ope videatur fecisse, nisi et consilium malignum habuerit: nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit". Allein es gebraucht hier Paulus den Ausdruck consilium in zwei verschiedenen Bedeutungen und will nur soviel sagen, daß die Begriffe von opem ferre und consilium dare verschieden seyen (Genauer bestimmt sie Ulpian in L. 50. §. 3. D. de furt.) Mit dem opem ferre braucht nicht gerade ein consilium in der Bedeutung von Ueberredung, Anreizung, Instruction verbunden zu seyn. Daß aber gegen Denjenigen, welcher blos consilium dedit, die condictio nicht Statt finde, sagt ja Paulus ausdrücklich. „Sic enim alii condici potest, alii non potest".

1) Allerdings aber z. B. die servi corrupti actio bei Ueberredung eines Sclaven zur Flucht L. 36. pr. D. de furt. „Qui servo persuasit, ut fugeret, fur non est". Paulus S. R. II. 31. §. 33. „Qui servo fugae consilium dedit, furti quidem actione non tenetur, sed servi corrupti".

2) L. 36. pr. D. de furt. „Sed si alius ei fugam persuaserit, ut ab alio subripiatur, furti tenebitur is, qui persuasit: quasi ope consilio ejus furtum factum sit".

3) L. 52. §. 23. D. de furt. „Si quis servo meo persuaserit, ut nomen suum ex instrumento (puta emtionis) toileret: et Mela scripsit, et ego puto, furti agendum".

4) In einer Stelle wird der Anstifter durch Befehl ausdrücklich dem physischen Thäter gleich gestellt. Offenbar spricht sie aber

wird offenbar der Anstifter nur dann bestraft, wenn das Delict wirklich vom Thäter ausgeführt ist. Ganz bestimmt gilt dieß aber auch 2. von der injuria nach römischem Rechte. Denn so bestimmt von der einen Seite ausgesprochen ist, daß bei Injurien jede Art von Anstiftung verantwortlich mache[1]), ebenso deutlich wird gesagt, daß die Injurienklage auch hierbei durch die vollzogene Handlung bedingt sey[2]). 3. Nach der beschränkten Fassung der Lex Aquilia konnte nur gegen Denjenigen, durch dessen körperliche Thätigkeit das damnum angerichtet war, die legis Aquiliae actio Statt finden. Doch gab man eine in factum actio auch gegen Jeden, qui causam mortis praestitit, was aber natürlich ebenfalls die Bewirkung des schädlichen Erfolges voraussetzte[3]).

nur von der vollzogenen Handlung des Abhauens. L. 7. §. 4. D. arbor. furt. caes. (XLVII. 7.) „Sive autem quis suis manibus, sive dum imperat servo arbores cingi, subsecari, caedi, — hac actione tenebitur. Item et si libero imperet". Ebenso in der sich auf das damnum in turba datum beziehenden L. 4. §. 4. D. Vi bonor. raptor. (XLVII. 8.) Paulus S. R. V. 3. §. 1. „In eos, qui per turbam seditionemve damnum alicui dederint, dandumve curaverint, si quidem res pecuniaria est, aestimatione dupli sarcitur".

1) §. 11. Inst. de injur. (IV. 4.) „Non solum autem is injuriarum tenetur, qui fecit injuriam, i. e. qui percussit, verum ille quoque tenetur, qui dolo fecit, vel qui procuravit, ut cui mala pugno percuteretur". Ebenso in L. 11. pr. D. de injur., wobei dann noch insbesondere (§. 3-6) von den Fällen si mandaverit, conduxerit, persuaserit die Rede ist. S. aber über den letztern Fall Oben. S. 112 f. Paulus S. R. V. 4. §. 20. „— sed et is, cujus ope consiliove (maledictum aut convicium) factum esse dicitur".

2) L. 15. §. 10. D. de injur. „Si curaverit quis convicium alicui fieri, non tamen factum sit: non tenebitur".

3) L. 7. §. 6. D. ad L. Aquil. (IX. 2.) L. 37. pr. L. 51. pr. D. eod. L. 169. D. de Reg. jur. Vergl. Oben S. 111. Not. 8.

§. 199.

Daß nun bei den genannten Delicten die nämlichen Grundsätze über die Strafbarkeit der Anstiftung auch dann zur Anwendung gebracht worden sind, wenn extra ordinem vom Verletzten eine Accusatio auf öffentliche Bestrafung erhoben wurde, darf man wohl um so mehr annehmen, als nirgends eine Verschiedenheit der Prinzipien in dieser Beziehung auch nur leise angedeutet wird. Auch liegt ja darin, daß dem Beleidigten electiv die Privatklage oder die accusatio gestattet wird, stillschweigend ausgesprochen, daß die letztere an die nämlichen Voraussetzungen wie die erstere gebunden sey[1]). Ueberdieß ist in denjenigen Stellen, welche von der extraordinären Bestrafung des Anstifters z. B. bei Injurien handeln, durchaus nur von einer in Folge derselben wirklich Statt gefundenen Beleidigung die Rede[2]). Auch wird man die Fälle der L. 1. D. de extraordin. crim., wo von den Sollicitatores alienarum nuptiarum, von der Verführung zur Unzucht und beleidigenden Zumuthungen an das andere Geschlecht die Rede ist[3]), nicht als Ausnahmen betrachten können, da hier in den unzüchtigen Anträgen selbst schon die vollendete Injurie enthalten ist[4]). Aber auch bei andern extraordi-

1) L. 92. D. de furt. (XLVII. 2.) §. 10. Inst. de injur. (IV. 4.) L. 45. D. eod.

2) L. 5. D. de extraord. crim. (XLVII. 11.) „In eum cujus instinctu ad infamandum dominum servus ad statuam confugisse compertus erit — severe animadvertitur". L. 5. Cod. de accusat. (IX. 2.) „Non ideo minus crimine, sive atrocium injuriarum judicio tenetur is qui in justam accusationem incidit, quia dicit se hujusmodi facti mandatorem habuisse. Namque hoc casu praeter principalem reum mandatorem quoque ex sua persona conveniri posse ignotum non est".

3) S. auch Paulus S. R. V. 4. §. 5. 14.

4) Oben Th. I. S. 152. 153. Daß sich diese Ansicht dennoch bei italiänischen Juristen findet, darüber S. Unten §. 210.

nariis criminibus, insoweit dabei von der Bestrafung des Anstifters die Rede ist, findet sich keine Stelle, welche die Anstiftung als solche, auch ohne daß vom Thäter das Verbrechen begangen wäre, einer Strafe unterwürfe [1]), und dasselbe gilt von den meisten Leges publicorum judiciorum, nur mit der Modification, daß, insoweit dieselben Versuchshandlungen nach unseren Begriffen bedrohten, es zur Bestrafung des Anstifters genügte, wenn eine der im Gesetze bedrohten Handlungen vom Thäter begangen war. Denn was zunächst das Verbrechen der Tödtung nach der Lex Cornelia de sicariis betrifft, so heißt es zwar allgemein: „Nihil interest occidat quis an causam mortis praebeat" [2]), wodurch ohne Zweifel auch die verschiedenen Arten der intellectuellen Theilnahme getroffen werden, und insbesondere wird der Mandator caedis der nämlichen Strafe wie der wirkliche Mörder unterworfen [3]), allein dieß beweist doch auf keine Weise, daß auch die ganz ohne Erfolg gebliebene Ertheilung des Mandates als strafbar zu betrachten sey. Dagegen bezweifeln wir nicht, daß wenn es nur auf Seiten des Thäters zu einem cum telo ambulare hominis necandi causa gekommen war und also eine Handlung vorlag, welche nach dem Gesetze einer Anklage unterworfen werden konnte, dann auch der Mandator caedis der

1) L. 3. §. 8. D. de incend. (XLVII. 9.) „Senatusconsulto cavetur, eos quorum fraude aut consilio naufragi suppressi per vim fuissent, ne navi vel iis periclitantibus opitulentur, legis Corneliae, quae de sicariis lata est, poenis adficiendos".

2) L. 15. D. ad L. Corn. de sicar. (XLVIII. 8.) Paulus S. R. V. 23. §. 1. „Lex Cornelia poenam deportationis infligit eis, qui — — mortisve causam praestiterint".

3) Paulus S. R. V. 23. §. 11. „Mandatores caedis perinde ut homicidae puniuntur". Und III. 5. §. 12. „Etsi percussor certus sit, tamen de familia habenda quaestio est, ut caedis mandator inveniri possit".

nämlichen Anklage unterlag, und dasselbe gilt von dem Auftrage, einen Menschen zu vergiften, wo ebenfalls nur eine der im Gesetze bezeichneten, auf Vergiftung gerichteten, Handlungen hinzugekommen seyn mußte [1]). Auch glauben wir nicht zu weit zu gehen, wenn wir behaupten, daß die Anklage und Verurtheilung des Thäters als Präjudicium für die Anklage des Anstifters betrachtet, oder daß wenigstens die letztere immer so gestellt wurde, daß der Angeklagte als Anstifter einer im Gesetze bezeichneten und begangenen verbrecherischen Handlung erschien [2]). Auf das Ueberzeugendste scheinen uns dafür die schon Oben [3]) dar-

1) Dieß konnte aber auch auf Seiten des Anstifters selbst geschehen, z. B. wenn er mit dem Gifte, das er dem Angestifteten geben wollte, ergriffen war, wo es dann gar nicht darauf ankam, ob die Anstiftung wirklich gelungen war oder nicht, weil die Worte des Gesetzes „qui venenum habuerit" auf den Anstifter selbst Anwendung fanden. S. die folg. Note 3.

2) Daß also z. B. der Ankläger im Libellus inscriptionis sagte: „Se Maevium lege Cornelia de sicariis reum deferre, quod dicat: eum dolo malo fecisse, ut Titius in civitate illa, menso illo, consulibus illis hominis necandi causa cum telo ambulaverit, oder venenum habuerit, dederit".

3) Th. I. S. 114. Die Geschichte des Vergiftungsversuches, wie sie Cicero sich combinirt, ist folgende: Oppianicus hatte beschlossen den Cluentius Avitus aus dem Wege zu räumen, damit dessen Vermögen an die Mutter falle. Zur Ausführung bediente er sich eines Vertrauten, Namens Fabricius. Dieser suchte darauf den Diogenes, einen Sclaven des Arztes Cleophantus, welcher den damals kranken Cluentius behandelte, spe et pretio zu bewegen, dem Cluentius Gift zu geben. Diogenes aber, ein rechtlicher Mensch, entdeckte seinem Herrn, wozu er verleitet werden solle, und Cleophantus setzt den Avitus davon in Kenntniß. Jetzt wird beschlossen, daß Avitus den Diogenes vom Cleophantus kaufen solle: „quo facilius aut comprehenderetur res ejus indicio, aut falsa esse cognosceretur". Dieß geschieht. Der Sclave geht scheinbar auf den Plan des Fabricius ein, und nach einigen Tagen wird Scamander,

gestellten Verhandlungen zu sprechen, welche uns Cicero in der Rede pro Cluentio Avito c. 15 seq. erzählt. Denn bevor Cluentius den Oppianicus wegen der gegen ihn versuchten Vergiftung als Anstifter belangte, und dessen Verurtheilung bewirkte, wurden erst Scamander, weil er mit dem Gifte ergriffen war, und Fabricius, als Mitschuldiger, einer Anklage unterworfen, was gewiß nicht geschehen seyn würde, wenn man nicht diese Präjudicia für nothwendig gehalten hätte.

§. 200.

Doch wenden wir uns zu andern hierher gehörigen Bestimmungen der Lex Cornelia de sicariis und anderer Gesetze. Bedroht finden wir darin das falsche Zeugniß in Criminalsachen zum Nachtheil des Angeklagten und die Anstiftung zu einem solchen Zeugniß, wobei aber offenbar vorausgesetzt wird, daß das Zeugniß abgelegt war, indem bis dahin Niemand benachtheiligt war und noch von keinem falschen Zeugniß die Rede seyn konnte [1]). Bestraft werden

der Freigelassene des Fabricius, mit dem Gifte und dem Gelde, welches er dem Diogenes übergeben wollte, in Gegenwart versteckter Zeugen, ergriffen.

1) L. 1. pr. D. ad L. Corn. de sicar. „Quive, cum magistratus esset, publicove judicio praeesset, operam dedisset, quo quis falsum indicium profiteretur, ut quis innocens conveniretur, condemnaretur". L. 3. §. 4. D. eod. „Et qui falsa indicia confessus fuerit, confitendave curaverit, quo quis innocens circumveniretur". Bei der Bestechung eines öffentlichen Beamten genügt freilich das Anbieten und die Annahme des zugesagten oder dargebotenen Vortheiles; allein die Bestechung des öffentlichen Beamten bildet ein besonderes Vergehen, wobei es für den Begriff einerlei ist, ob das was der Bestochene thun oder unterlassen soll, an sich ein Verbrechen ist. Qui judicem corruperit, corrumpendumve curaverit fällt unter die L. Corn. de falsis L. 1. §. 2. D. XLVIII. 10. Vorausgesetzt wird aber nach römischem Rechte,

ferner, „qui hominem invitum libidinis aut promercii causa castraverint, castrandumve curaverint", und „qui sacra impia, nocturnave, ut quem obcantarent, — fecerint, faciendave curaverint"; allein nirgends wird gesagt, daß auch die bloße Anstiftung dazu, ohne daß die im Gesetze verbotene That geschehen sey, bestraft werde. — Der Strafe der Lex Cornelia de falsis verfallen Diejenigen, qui falsas testationes faciendas curaverint[1]), — qui testamentum amoverit, celaverit etc. quive testamentum falsum scripserit, signaverit, recitaverit dolo malo, cujusve dolo malo id factum erit[2]); ferner: qui quid aliud, quam in testamento sciens dolo malo falsum signaverit, signarive curaverit[3]). Allein offenbar kann diese Bestrafung des Anstifters nur von zu Stande gekommenen Fälschungen verstanden werden, und auch hier paßt der Ausspruch des Africanus[4]): „Hoc tamen tunc verum est, cum perfectum testamentum erit, caeterum si non signatum fuerit, magis est, ut S.C. locus non sit". — Ebenso setzen die Bestimmungen der L. 12. D. ad L. Jul. de adult. (XLVIII. 5.) „Haec verba legis: Ne quis posthac stuprum, adulterium facito sciens, dolo malo, et ad eum qui suasit — pertinent" und der L. 14. D. eod. „Is cujus ope, consilio, dolo malo factum est, ut vir, foeminave in adulterio depreliensa, pecunia, aliave qua pactione se redimerent, eadem poena

daß der Richter wirklich sich hatte bestechen lassen. Vergl. Luden über den Versuch S. 216. 295. Die Bestechung eines Privatmannes wird an sich nirgends für strafbar erklärt. Eine Ausnahme macht der bestochene Zeuge. Paulus S. R. V. 25. §. 2. Collatio VIII. §. 7.

1) L. 1. pr. D. ad L. Corn. de fals. (XLVIII. 10.)
2) L. 2. D. eod. Paulus S. R. IV. 7. §. 2.
3) L. 9. §. 3. D. eod.
4) L. 6. D. eod.

damnatur, quae constituta est in eos, qui lenocinii crimine damnantur", offenbar die begangene rechtswidrige Handlung voraus, und wenn nach der L. Julia de vi nicht blos derjenige bestraft wird[1]), „qui hominibus armatis possessorem domo agrove suo aut navi sua dejecerit, utive id fieret, homines commodaverit", so kann dieß aus dem Grunde nicht auffallend seyn, weil die convocatio eines Haufens Bewaffneter, ja selbst schon der Besitz von Waffenvorräthen unter das Gesetz fällt[2]). Auch können die Stellen, welche von Bestrafung der von Sclaven auf Befehl oder Antrieb des Herrn verübten Gewaltthätigkeiten reden[3]), nicht so verstanden werden, daß schon wegen der bloßen Ertheilung des Befehls eine Strafe Statt finde. Merkwürdig sind sie aber insofern, als wir hier ausnahmsweise eine verschiedene Strafe für den Anstifter und für die Thäter gedroht finden[4]), was aber wohl mehr in der verschiedenen conditio personarum seinen Grund hat. — Noch sind zu vergleichen: L. 1. D. ad L. Jul. pecul. (XLVIII. 13.), wo die Worte „neve faciat, quo quis auferat" nur auf den verübten Peculat bezogen

1) L. 3. §. 6. L. 4. D. ad L. Jul. de vi publ. (XLVIII. 6.) Nach L. 7. D. eod. scheint auch schon der vom Magistratus ertheilte Befehl, Jemanden adversus provocationem zu tödten oder zu schlagen, zu genügen.

2) L. 1. 10. pr. D. eod. S. aber auch L. 2. D. ad L. Jul. de vi priv. (XLVIII. 7.) „Hac lege tenetur, qui convocatis hominibus vim fecerit. L. 3. eod. „Nec interest liberos an servos — quis ad vim faciendam convocaverit". L. 4. eod. „Legis Juliae de vi privata crimen committitur, cum coetum aliquis et concursum fecisse dicitur, quo minus quis in jus produceretur".

3) L. 8. Cod. ad L. Jul. de vi. (IX. 12). L. 4. Theod. Cod. eod. (IX. 10.) L. 2. Cod. de sepulc. viol. (IX. 19.) L. 1. Theod. Cod. eod. (IX. 17.)

4) Den Herrn trifft die Infamie, die Sclaven sollen ad metallum verurtheilt werden.

werden können, ferner: L. 6. §. 1. D. de L. Fabia de plag. (XLVIII. 15.) L. 1. Cod. eod. (IX. 20.), wonach zwar auch Derjenige unter das Gesetz fällt, „qui servo persuaserit, ut a domino fugiat", wobei aber gewiß auch vorausgesetzt wird, daß der Sclave die Flucht wenigstens versucht habe. cf. L. 225. D. de V. S. Endlich kann auch die dem Anstifter einer falschen Anklage gedrohte Bestrafung nur auf eine wirklich erhobene Anklage bezogen werden[1]).

§. 201.

Die einzige Ausnahme von unserer Regel dürfte sich in den Bestimmungen der Lex Julia majestatis in Beziehung auf die Aufreizung zur Empörung gegen die res publica finden. Zwar können die mehrfach wiederkehrenden Ausdrücke: Auctores seditionis aut tumultus, seditionum concitatores u. duces factionum[2]) wohl nur auf die Urheber eines wirklich zu Stande gekommenen Aufruhres oder Complottes bezogen werden; allein die Lex Julia umfaßte auch Denjenigen, „qui milites sollicitaverit, concitaveritque, quo seditio, tumultus adversus rempublicam fiat", worunter, wie wir glauben, auch die ohne Erfolg gebliebene directe Aufforderung zur Empörung begriffen

1) L. 1. §. 13. D. ad SCtum Turpill. (XLVIII. 16.) „Incidit in hoc SCtum et qui accusatorem submittit, aut instigat, aut qui mandat alicui et instruit eum ad accusationem capitalem".

2) L. 3. §. 19. D. de re militar. (XLIX. 16.) L. 16. D. de appellat. (XLIX. 1.) L. 38. §. 2. D. de poen. (XLVIII. 19.) „Auctores (al. actores) seditionis et tumultus, populo concitato, pro qualitate dignitatis aut in furcam tolluntur aut bestiis objiciuntur, aut in insulam deportantur". Ebenso in Paulus S. R. V. 22. §. 1 wo aber „vel concitatores populi" statt populo concitato steht. — Nach L. 3. §. 4. D. ad L. Corn. de sicar. konnte in Folge eines Senatusconsultes der auctor seditionis auch mit der Strafe der L. Cornelia de sicariis belegt werden.

ist, ohne daß es erforderlich wäre, daß der Anstifter wirklich Anklang und Beistand gefunden habe[1]). Wenn dagegen in der L. 3. D. ad L. Jul. majest., nachdem eine Reihe von Handlungen, welche in der Lex bedroht seyen, aufgezählt sind, auch Derjenige genannt wird, „quive quid eorum quae suprascripta sunt facere curaverit", und L. 4. eod. „Cujusque dolo malo jure jurando quis adactus est, quo adversus rempublicam fiat" so scheint dabei doch wohl vorausgesetzt zu werden, daß eine in der L. 3. bezeichnete Handlung wirklich begangen sey, wenn man nicht die Verpflichtung eines Anderen durch einen Eidschwur zu Handlungen gegen den Staat an sich als genügend betrachten will.

§. 202.

Noch bleibt uns die Strafbarkeit des Complottes nach römischem Rechte zur Betrachtung übrig. Ueberblicken wir dabei die im Ganzen nicht zahlreichen Stellen des römischen Rechts, welche von der Bestrafung solcher verbrecherischer Verbindungen reden, so finden wir allerdings Mehrere, in welchen, in Folge der ausdrücklichen Vorschrift einer bestimmten Lex, das consilium initum, die factio oder conspiratio an sich für strafbar erklärt wird. Zweifellos gilt dieß 1) von den Verschwörungen gegen die Wohlfahrt des Staates, gegen das Leben des Regenten und der höhern Reichsbeamten, was theilweise gewiß schon dem ältesten römischen Rechte entspricht[2]). Aus allen

1) A. M. ist Luden über den Versuch S. 229 ff. S. dageg. meine Abhandl. üb. d. Versuch des Hochverraths im Archiv des Crrs. Jahrg. 1838. S. 361 ff. Auch die sollicitatores alienarum nuptiarum in L. 1. D. de extraord. crim. brauchen kein Gehör gefunden zu haben.

2) Es bedarf hierbei blos einer Erinnerung an die Bestrafung hochverrätherischer Verschwörungen, z. B. der Söhne des Brutus nach Vertreibung der Tarquinier, wie sie uns die römischen

Stellen ergiebt sich aber, daß nur die zu einem bestimmten Plane und Zwecke gereifte und mit der Bereithaltung gewisser tauglicher Mittel verbundene Verschwörung gesetzlich bedroht war. — Ferner gehören 2) hierher, nach der Lex Julia de vi, „qui turbae seditionisve faciendae consilium inierint"[1]), nach der Lex Cornelia de falsis, „qui societatem coiverint ad accusationem

Geschichtsschreiber erzählen. Der conjuratio des Catilina gedenkt L. 8. D. ad L. Jul. maj. (XLVIII. 4.) Die Lex Julia majestatis bedrohte Denjenigen, cujus opera dolo malo consilium initum erit, (was gewiß auf jeden Theilnehmer an der Verschwörung bezogen werden muß), quo obsides injussu principis interciderent, quo armati homines cum telis lapidibusve in urbe sint, conveniantque adversus rempublicam, locave occupentur, vel templa, quove coetus conventusve fiat, hominesve ad seditionem convocentur: cujus opera, consilio, dolo malo consilium initum erit, quo quis magistratus populi Romani, quive imperium potestatemve habet, occidatur". Eine Ausdehnung dieser letztern Bestimmung auf die Verschwörungen gegen das Leben der kaiserlichen Senatoren und Reichsbeamten enthält die berüchtigte L. 5. Cod. ad L. Jul. maj. (IX. 8.) „Quisquis cum militibus, vel privatis, vel barbaris scelestam inierit factionem, aut factionis ipsius susceperit sacramentum vel dederit, de nece etiam virorum illustrium, qui consiliis et consistorio nostro intersunt etc. — utpote majestatis reus gladio feriatur". Daß man mit großem Unrecht diese Constitution der Kaiser Arcadius und Honorius als ein allgemeines Strafgesetz gegen alle möglichen hochverrätherischen Versuche betrachtet hat und wie sie mit den Bestimmungen des älteren Rechtes zusammenhängt, ist ausführlicher nachgewiesen in meiner Abhandl. üb. den Versuch des Hochverraths im Archiv des Crrs. Jahrg. 1838. S. 356 f. Nur auf hochverrätherische Verschwörungen scheint auch der Ausdruck conjurationes in L. 16. pr. D. de poen. bezogen werden zu dürfen, indem die Quellen bei anderen Complotten sich nie dieses Wortes bedienen.

1) L. 3. pr. D. ad L. Jul. de vi publ. (XLVIII. 6.)

innocentium"[1]) — „qui falsas testationes faciendas, testimoniave falsa invicem dicenda dolo malo coierint"[2]), — „qui ad litem instruendam advocatione testibus, pecuniam acceperunt: obligationem, pactionem fecerunt: societatem inierunt"[3]), nach der Lex Julia de annona, „qui societatem coierint, quo annona carior fiat"[4]). Wenn aber nach diesen Gesetzen das verbrecherische Complott an sich einer Strafe unterworfen war und zwar so, daß die Lex keinen Unterschied zwischen der Strafbarkeit der einzelnen Theilnehmer und auch nicht danach machte, ob das, worauf das Complott gerichtet war, wirklich geschehen sey oder nicht, so läßt sich hieraus doch keine allgemeine Regel für die Strafbarkeit aller auf Begehung eines Verbrechens gerichteter Complotte, zu deren Ausführung noch gar nichts geschehen war, bilden, und man kann auf jene speciellen Bestimmungen des römischen Rechtes auch nicht die Behauptung gründen, daß in allen Fällen, alle Theilnehmer auf gleiche Stufe der Strafbarkeit gestellt werden müßten. So z. B. konnte gewiß ein consilium initum ad furtum faciendum als solches nicht bestraft werden, auch wenn von einer extraordinären öffentlichen Bestrafung die Rede war, und dasselbe gilt von andern Privatdelicten und extraordinariis criminibus[5]). Ausdrücklich gedenken die Quellen noch des

1) L. 1. §. 1. D. ad L. Corn. de fals. (XLVIII. 10.).
2) L. 9. §. 3. D. eod.
3) L. 20. D. eod.
4) L. 2. pr. D. de L. Jul. de annona. (XLVIII. 12.).
5) Wenn Saturninus in L. 16. pr. D. de poen. unter den Beispielen für die Strafbarkeit der Consilia auch der latronum conscientia gedenkt, so ist dieß gewiß auf die begünstigenden Mitwisser, insbesondere auf die Hehler zu beziehen, welche die L. 1. D. de receptatoribus (XLVII. 16.) ein pessimum genus nennt und derselben Strafe, wie die latrones selbst, unterwirft. Noch weniger kann aus L. 11. §. 2. D. de poenis eine allge-

Complottes (conspiratio) von Mitgefangenen, zum Zwecke gewaltsamer Befreiung, indessen zunächst nur als eines Schärfungsgrundes für die Strafe der wirklich Statt gefundenen Selbstbefreiung [1]). Doch scheint nach einer andern Stelle angenommen werden zu müssen, daß auch die auf Selbstbefreiung gerichtete conspiratio an sich schon bestraft wurde [2]).

Zweite Abtheilung.

Das germanische Recht und die Praxis des Mittelalters.

§. 203.

I. Das ältere germanische Recht.

Die Bestimmungen des römischen Rechtes über die gleiche Strafbarkeit des Versuches und der Vollendung bei gewissen durch Leges publicorum judiciorum oder in spätern kaiserlichen Constitutionen bedrohten verbrecherischen Handlungen sind zwar, was die Gesetzgebungen in den

meine Regel abgeleitet werden. Denn wenn es hier heißt: „proposito delinquunt latrones, qui factionem habent", so wird dadurch doch Nichts über die Strafbarkeit des auf Raub gerichteten Complottes an sich bestimmt. Die von der turba redende L. 4. §. 3. D. vi bonor. raptor. (XLVII. 8.) gehört gar nicht hierher. Vergl. Mittermaier in der Note zu Feuerbachs Lehrb. §. 47. —

1) L. 1. pr. D. de effractor. (XLVII. 18.) „Saturninus etiam probat, in eos, qui de carcere eruperunt, sive effractis foribus, sive conspiratione cum caeteris, qui in eadem custodia erant, capite puniendos. Quod si per negligentiam custodum evaserunt, lenius puniendos".

2) L. 13. D. de custod. reor. (XLVIII. 3.) „In eos, qui cum recepti essent in carcerem, conspiraverint, ut ruptis vinculis et effracto carcere evadant, amplius, quam causa, ex qua recepti sunt, reposcit, constituendum est".

auf den Trümmern des weströmischen Reiches gegründeten Germanischen Staaten betrifft, zum Theil [1]) auch in die, rein aus römischen Quellen bestehende und für die römischen Unterthanen bestimmte Compilation der westgothischen Lex Romana, oder das Breviarium Alarician-um, übergegangen, finden sich dagegen in dieser Maße weder in dem Edictum Theodorici noch in der s. g. Lex Romana Burgundionum [2]). Was aber die rein germanischen Volksrechte betrifft, so finden wir allerdings mehrere Bestimmungen, die auch den mißglückten Versuch einer Buse unterwerfen, insbesondere beim Verbrechen der Tödtung [3]), allein die Buse für den Versuch ist viel geringer, als die für die vollzogene Verletzung [4]) und in den

1) Insoweit sie sich nämlich besonders in Paulus Sent. rec. und im Auszug des Theod. Cod. finden.

2) Vergl. Oben Th. I. §. 91.

3) S. Oben Th. I. S. 164 ff.

4) So ist z. B. nach der Lex Salica die Buse für die Tödtung eines freien Menschen 200 Schillinge, für den Fehlschlag in tödtlicher Absicht, für den Schuß mit einem vergifteten Pfeile, für die bloße Darreichung des Giftes, nur 62 Schillinge; Für die Tödtung eines Menschen durch Hineinstoßen in einen Brunnen 600 Schill. und wenn er gerettet wird, nur 100 Schill. Vergl. Oben S. 166. Not. 3. S. 167. Not. 1. Luden über den Versuch S. 309. Die Lex Ripuar. Tit. 83. §. 1. und die Leg. Rotharis c. 140. bestimmen für den Versuch der Vergiftung medietatem pretii ipsius, ac si eum occidisset. In der Lex Burgundionum Tit. XXXVII. ist für das Ziehen des Schwertes ad percutiendum alterum, si non percusserit, eine Strafe von XII. Sol. festgesetzt. (Die Bestimmungen der Lex Burg. Tit. II. c. 1—5. wegen des Ausdruckes praesumpserit mit Luden S. 326. auf den Versuch beziehen zu wollen, scheint mir bedenklich.) Ausdrücklich abgeändert wird die Strenge des römischen Rechts (denn nur dieses kann mit den veteres leges gemeint seyn) in den Constitutiones regni Siculi Lib. I. tit. 2. von Kaiser Friedrich II. Die praesumtio, daß jeder qui gladium strinxerit et cum eo percusserit, indubitate occidendi animo

meisten Gesetzen wird nur die Verwundung nach ihrer materiellen Beschaffenheit einer Buse unterworfen[1]). Eine ganz eigenthümliche Behandlung des Versuches der Tödtung durch Verwundung tritt in dem Gesetze der Westgothen hervor. Dasselbe bestimmt für den Versuch an sich die Strafe von 20 Schill. und bringt daneben auch die zugefügte Verwundung in Anschlag[2]). Eine auffallende Abweichung von dem Prinzipe der geringeren Strafbarkeit der versuchten Tödtung enthält indeß die spätere fränkische Gesetzgebung. Denn nach dem schon erwähnten[3]) Capitul. Caroli M. soll Derjenige, qui hominem voluntarie occidere voluerit et perpetrare non potuerit, wie ein homicida bestraft werden, was doch wohl nichts Anderes heißen kann, als daß ihn die nämliche Strafe treffen solle, wie wenn er wirklich getödtet hätte. Diese ist aber

gehandelt habe, wird aufgehoben und für das Ziehen des Schwertes die doppelte Strafe des unerlaubten Waffentragens, für die nichttödtliche Verletzung das Abschlagen der Hand bestimmt. Nebenbei ein Beweis daß das römische Recht in Sicilien und Italien auch in Strafsachen fortwährend galt. — Merkwürdig ist auch die Bestimmung des Alamann. Gesetzb. Tit. 71. über den Fehlschlag, wenn der Schlag dem Reiter bestimmt, aber das Pferd getroffen war. Die Verwundung des Pferdes soll dann ebenso gebüßt werden, wie wenn der Reiter getroffen wäre. Luden a. a. O. S. 320.

1) So in der Lex Ripuariorum, Alamannorum, Bajuvariorum, Frisionum, Saxonum, Angliorum et Werinorum, mit Ausnahme des Versuches durch Vergiftung und der s. g. Wassertauche, welche aber überall einer viel geringern Buse unterliegen als die vollendete Tödtung. Ausführlicher hierüber Luden a. a. O. S. 317—326.

2) Lex Visigothor. Lib. VI. Tit. IV. §. 8. S. Oben S. 8. Not. 3. Ueber den Versuch durch Zauberei zu tödten oder Schaden zuzufügen Lex Visigoth. Lib. VI. Tit. II. §. 3. 4.

3) Oben Th. I. S. 167.

die Todesstrafe[1]). Möglich, daß, bei der Theilnahme des fränkischen Clerus an der Gesetzgebung auf den Reichstagen entweder ein Mißverständniß des mosaischen Rechts[2]), oder vielmehr die fortdauernde Bekanntschaft mit dem römischen Rechte eingewirkt hat[3]).

§. 204.

Von der Abtreibung der Leibesfrucht und der sträflichen Unfruchtbarmachung ist auch in den germanischen Gesetzen die Rede und der gesetzliche Ausdruck ist zum Theil derartig, daß er auch auf den gerade bei diesen Verbrechen am Meisten zu strafenden Versuch bezogen werden kann[4]), während in anderen Gesetzen offenbar nur von der wirklichen

1) Capitul. Lib. VI. c. 2.

2) S. Oben Th. I. §. 90. Luden a. a. O. S. 331.

3) Letzteres ist offenbar das Wahrscheinlichere, wenn man erwägt, daß jenes Capitulare fast wörtlich mit den in das Breviarium aufgenommenen Sent. rec. von Paulus V. 23. §. 3. übereinstimmt. „Ideoque qui cum vellet occidere, casu aliquo perpetrare non potuit, ut homicida punitur".

4) Lex Bajuvar. Tit. VII. c. 18. „Si qua mulier alii potionem dederit, ut avorsum faceret, si ancilla est, ducenta flagella suscipiat, et si ingenua, careat libertate, servitio deputanda, cui dux jusserit". Lex Visigoth. Lib. VI. Tit. 3. §. 1. „Si quis mulieri praegnanti potionem ad avorsum aut pro necando infante dederit, occidatur, et mulier, quae potionem ad avorsum facere quaesivit, si ancilla est, CC flagella suscipiat, si ingenua, careat dignitate personae et cui jusserimus servitura tradatur". Der Unterschied zwischen beiden Gesetzen liegt darin, daß in der Westgothischen Lex die Geberin mit dem Tode und die Empfängerin mit derjenigen Strafe bedroht wird, welche im Baier. Gesetzbuche blos der Geberin gedroht ist. Anders Luden a. a. O. S. 368. Lex Salica XXI. 4. „Si quis mulieri herbas dederit, ut infantes habere non possit, MMD den. qui faciunt sol. XLII. culpabilis judicetur". Also ebenso viel wie für den Versuch der Vergiftung.

Tödtung des Kindes im Mutterleibe oder der bewirkten Abtreibung die Rede ist[1]). Dagegen wird in den meisten übrigen Fällen, wo die germanischen Gesetze auch Handlungen bedrohen, welche noch keine materielle Verletzung bewirkten, hinsichtlich der Größe der Buse und Strafe immer ein Unterschied gemacht, ohne daß dabei freilich gerade von dem Gegensatz von Versuch und Vollendung immer die Rede seyn könnte. So unterliegt z. B. der gewaltthätige Anfall auf öffentlicher Straße, das bewaffnete Eindringen in das Haus eines Anderen, der gewaltsame Angriff und Einbruch in fremde Wohnungen schon an sich einer Buse[2]). Waren dabei Menschen verwundet oder getödtet, so wurde dieß besonders gebüßt, oder einer erhöhten Composition und Strafe unterworfen[3]). Bei der Nothzucht finden wir im Alamannischen Gesetzbuche sogar verschiedene, auch der Buse nach steigende Stufen unterschieden[4]), während das Westgothische Gesetzbuch[5]), wenn es in den Worten, si quis virginem quisque vel viduam ingenuam violenter adulterandum

1) Lex Alamann. Tit. 91. Lex Salica Tit. XXVI. Lex Ripuar. Tit. XXXVI. Leg. Rotharis Lib. I. Tit. XIX. c. 25. Vergl. Spangenberg im N. Archiv Bd. II. S. 8 f.

2) Vergl. Oben Th. I. S. 166. Luden a. a. O. S. 370 ff.

3) z. B. Lex Visigoth. Lib. VI. Tit. IV. c. 2. „Si quis evaginato gladio vel quolibet genere armorum munitus praesumtivo modo in domum alienam intraverit, cupiens dominum domus occidere, si ipse fuerit occisus, mors ejus nullatenus requiratur; si autem ipse, qui in domum alienam intravit hominem occiderit, continuo et ipse moriatur. — Et si aliquid in domum, quam ingressus fuerit, damni non fecerit, nec aliquid subtraxerit, pro eo, quod ingressus fuerit, X sol. cogatur donare et centum flagellis publice verberetur".

4) S. Oben S. 9. Not. 2.

5) Lex Visigoth. Lib. III. Tit. IV. c. 14. Luden a. a. O. S. 377.

compresserit vel stupri forsitan commixtione polluerit" wirklich zwei verschiedene, aber der nämlichen Strafe unterworfene Fälle trennen wollte, wohl nur damit auszudrücken beabsichtigte, daß die wirkliche Vollziehung des Beischlafes bei der Nothzucht etwas Unwesentliches sey. Auch der Versuch des Diebstahls durch Einbruch in fremde Behausung u. Behältnisse und durch bloses Einschleichen in Wohnungen, ja durch das blose Eindringen in fremdes Gebiet wird zwar einer Strafe, jedoch einer weit geringern unterworfen, als in diesen Fällen, dem vollendeten Verbrechen gedroht ist[1]). Ebenso wird der räuberische Anfall einer geringern Buse unterworfen, als der vollzogene Raub[2]).

1) Lex Salica. Tit. XII. c. 5. „Si quis ingenuus clavem effregerit ant adulteraverit et sic domum ingressus fuerit, et inde aliquid per furtum tulerit IDCCC den. qui faciunt solidos XLV culp. judicetur excepto capitali et delatura". c. 6. „Si vero nihil tulerit, propter effracturam tantum ICC den. qui faciunt sol. XXX culpabilis judicetur". Tit. XXIX. c. 26. „Si quis clausuram alienam ruperit DC den. qui faciunt sol. XV. culp. jud". c. 33. „Si quis screouam, quae clavem habet, effregerit et aliquid furaverit, IDCCC den. qui faciunt sol. XLV, culp. jud". c. 34. „Etsi inde nihil tulerit, pro solu effractura DC den. qui faciunt sol. XV. culp. judicetur". c. 7. „Si quis hortum alienum ad furtum faciendum ingressus fuerit DC den. qui fac. sol. LV. culp. jud". c. 13. „Si quis in napinam, in fabariam, in pisariam, in lenticulariam vel in his similia ad furtum faciendum ingressus fuerit CXX den. qui fac. sol. III, culp. judicetur". Vergl. Luden a. a. O. S. 383.

2) Lex Salica Tit. XIX. c. 10. „Si quis alterum in via adsalierit, et expoliare tentaverit, et ille fuga evaserit, MDD den. qui faciunt sol. XXX culp. jud". c. 11. „Si vero ceperit eum et expoliaverit MMD den. qui fac. sol. LXII, culp. jud. excepto capitali et delatura. Abweichend ist Pact. leg. Sal. Tit. XX. c. 10. 11. worin für beide Fälle die Strafe von XXX Solidi angeordnet wird.

§. 205.

Als Resultat von diesem Allen können wir demnach betrachten, daß das germanische Recht, mit wenigen Ausnahmen, die nicht vollzogene Verletzung, insoweit sie überhaupt strafbar ist, auf eine bedeutend niedrigere Stufe der Strafbarkeit stellt, als das vollendete Verbrechen; ein Prinzip, welches sich, auch nachdem die alten Volksrechte die Eigenschaft verbindlicher Gesetze verlohren hatten, in den Rechtsansichten der spätern Zeit herrschend erhielt und ganz unverkennbar theils der generalis consuetudo zu Grunde liegt, welche die Juristen des Mittelalters, und zwar zunächst die Italiänischen, der vermeintlich allgemeinen, härtern Bestimmung des jus civile mit derogatorischer Kraft entgegenstellen [1]), theils die hiermit übereinstimmenden Verordnungen der Statute italiänischer Städte hervorgerufen hat [2]), auf welche sich jene Juristen nebenbei, oder auch vorzugsweise zu berufen pflegen, obwohl es auch hier nicht an Ausnahmen fehlt, vermöge welcher die Strenge des römischen Rechts ausdrücklich bestätigt, oder gar überboten worden ist [3]). Ausnahmsweise finden wir nämlich nicht

1) S. darüber Unten §. 206 ff.

2) z. B. Statut. Ravenn. aus dem Anfange des 14 Jahrh. bei Fantuzzi Monumenti Ravennati. Tom. IV. p. 73. Ueber das stat. Ferrariae lib. 3. de poena homicid. committent. u. de poena accusantis aliquem pro assassino; Statut. Patavii, sub rubr. de assassinis; Stat. Brixiae in criminal. sub rubr. de assassinis; Stat. Veronae lib. 3. c. 39. rubr. qui homicidium fecerit und die Mailändischen Statute s. insbesondere Jac. Menochius de arbitrar. jud. quaest. Lib. II. Cent. IV. Cas. 360.

3) Dieß gilt insbesondere von den Mailändischen Statuten, welche ohne Zweifel Clarus u. A. im Auge haben, wenn sie sagen, der Conatus dürfe nicht so hart gestraft werden, wie das del. consummatum, wenn nicht Lex oder statutum ausdrücklich das Gegentheil verordne, und welche von Anderen z. B.

blos die Verwundung in tödtlicher Absicht, sondern auch den mörderischen Angriff (insultus) mit tödtlicher Waffe der Strafe des vollendeten Mordes unterworfen, was freilich nicht soweit geht, wie die Bestimmung der Lex Cornelia de sicariis, wonach schon das cum telo ambulare hominis necandi causa genügt. Strenger als das römi-

Aeg. Bossius und Menochius ausdrücklich in Bezug genommen werden. Die hierher gehörigen, zunächst nur das homicidium betreffenden, Bestimmungen späterer Redaction sind folgende: Art. 21. „Homicida capite puniatur, ita quod moriatur". Art. 22. „Et tanquam homicida puniatur, quicunque etiam non sequente morte tantummodo vulneravit, aut insultum cum telo evaginato fecerit animo tamen deliberato occidendi, etiamsi non laedat vel occidat". — Auf die Verschwörung in mortem alicujus bezieht sich Art. 10. „Quicunque cujusvis sexus in mortem alicujus conjuraverit, sive secutus fuerit effectus sive non, et quicunque hujusmodi conjurationis et tractatus particeps erit citra spem remissionis laqueo vitam finiat". Von der Bestrafung des Mandanten handelt Art. 14. „Mandantes extra rixam homicidium aut aliud quodvis maleficium committi etiamsi homicidium vel aliud delictum nullo modo sequatur, nec attemptetur, puniantur ea poena, quae ipsi mandatario, casu quo delictum consummasset, imposita est". Art. 15. „Eadem poena tenentur mandatarii — etiamsi homicidium ipsum non sequatur seu attemptetur, qua puniri deberent, si homicidium perpetrassent". Art. 20. „Quod si mandans mandaverit homicidium vel aliquod aliud delictum committi et mandatarius recuset, mandans puniatur etiam usque ad mortem inclusive arbitrio Principis vel Senatus". Merkwürdig sind auch die Bestimmungen dieses Statutes über Reue und Widerruf des Auftrags von Seiten des Mandanten, welche unten in das Kapitel von der Aufhebung der Strafbarkeit des Versuches gehören. Vergl. Aug. Garono, Observ. in Constitutiones dominii Mediolanensis. Lib. IV. tit. 6. Mediol. 1627. 4. Horat. Carpani, Commentar. in quatuor insigniores novar. constitut. §§. Francof. 1646. p. 51 - 59.

sche Recht ist dagegen die Bestimmung, vermöge welcher schon die Theilnahme an einer Verschwörung in mortem alicujus der Todesstrafe unterliegt und wonach auch der Auftrag zur Begehung eines Mordes oder eines anderen Verbrechens der Strafe des vollendeten Verbrechens unterworfen wird, sollte auch von Seiten des Mandatars gar Nichts zur Ausführung des Verbrechens vorgenommen, oder die Ausführung ausdrücklich verweigert seyn. Eine allgemeine Regel über die Gleichstellung des Versuches mit der Vollendung ist aber auch in diesen Statuten nirgends aufgestellt.

§. 206.

II. Die Glosse und die italiänischen Practiker.

Werfen wir zunächst einen Blick auf die Darstellung der Glosse, deren Aeußerungen über die absolute Strafbarkeit des Versuches wir schon Oben (Th. I. §. 56.) kennen gelernt haben, so spricht sie sich zwar nicht ausführlich über die Frage aus, in welchem Verhältnisse die Strafbarkeit des Versuches zu der des vollendeten Verbrechens nach römischem Rechte, welches sie allein im Auge hat, stehe; es unterliegt indessen keinem Zweifel, daß sie da, wo sie den Versuch nach römischem Rechte für strafbar erklärt, nämlich bei den atrocioribus criminibus, ihn der ordentlichen Strafe des Verbrechens als unterworfen betrachte. Denn sie sagt ausdrücklich von dem Falle, wo der Verbrecher ein atrox delictum nicht vollenden konnte, „et hoc casu punitur, ac si ad effectum perduxisset"; also mit derselben Strafe, wie wenn es zur Vollendung gekommen wäre [1]). Eine Berufung auf eine entgegenstehende allgemeine Gewohnheit findet sich

1) S. Oben Th. I. S. 96. In der Glossa ad L. 11. D. de rer. divis. I. 8. ist indeß auch von einer gelindern Strafe des Versuches die Rede.

in der Glosse noch nicht, was bei ihrem rein theoretischen Standpunkte nicht zu verwundern ist. — Dasselbe gilt von den ersten abgesonderten Bearbeitungen des Criminalrechts, dem Tractatus maleficiorum des Alb. Gandinus und dem Tractatus de diversis criminibus des Jacob. de Belvisio[1]). Auch hierin finden wir mehr nur die Frage beantwortet, in welchen Fällen der Versuch gestraft werde, nicht aber die über das Maaß der Strafe, obwohl aus den Citaten nicht zu verkennen ist, daß diese Schriftsteller ebenfalls die Ansicht der Glosse haben, d. h. den Versuch der atrociora oder publica crimina derselben Strafe wie das vollendete Verbrechen unterwerfen. Ganz bestimmt spricht dieß auch Gandinus bei der Frage über die Strafbarkeit des Mandanten, dessen Auftrag vom Mandatar gar nicht ausgeführt wurde, nach Widerlegung einiger Zweifelsgründe, aus[2]). Dagegen finden wir schon bei dem ziemlich gleichzeitigen Canonisten, dem berühmten s. g. Speculator Guil. Durantis und in spätern[3]),

1) Oben Th. I. §. 57. 58.

2) Oben Th. I. S. 98. Not. 1. Luden über den Versuch S. 407. Bemerkenswerth ist auch die Aeußerung des Gandinus, daß der mandans eigentlich noch härtere Strafe verdiene, wie der den Auftrag ausführende Mandatar, indem er nicht allein selbst ein Verbrechen begehe, sondern auch einen Andern dazu verführe.

3) Speculum jur. Lib. IV. Tit. de accus. §. 1. — Bartolus ad L. 1. §. 1. D. ad L. Corn. de sicar. (XLVIII. 8.) wo er sich auch blos auf die allgemeine Gewohnheit bezieht, während er, wie schon früher bemerkt wurde, an einem andern Orte allein durch die Statute die Abänderung rechtfertigen will. S. oben S. 12. Not. 2. — Augustinus de Ariminio in den Addit. zu Angelus Aretin. Tract. de malef. — Baldus ad L. 3. Cod. de serv. fug. (VI. 1.) „Secundum statuta quae disponunt de actu secundum affectum, non secundum affectum, non punitur quis nisi delicto consummato, et quia est ista generalis consuetudo, non indiget probatione; sed tamen punitur extra ordinem, quia non est om-

theils besondern Bearbeitungen des Criminalrechts, theils allgemeinen Schriften, welche zugleich darauf ausgehen, das statutarische Recht mit dem jus commune zu verarbeiten, und so das practisch gültige Recht darzustellen, auf ganz übereinstimmende Weise die Behauptung, daß durch eine generalis Consuetudo Italiae oder totius mundi, die als solche keines weitern Beweises bedürfe, die Strenge des jus commune hinsichtlich der Gleichstellung des Versuches und der Vollendung abgeändert sey und daß auch nach den Statuten der italiänischen Staaten der blose Versuch als solcher entweder gar nicht oder mit einer gelinderen Strafe als das vollendete Verbrechen geahndet werde, deren Bestimmung im concreten Falle dem richterlichen Ermessen überlassen bleibe. Diese veränderte Ansicht liegt offenbar auch dem canonischen Rechte, wenigstens den Decretalen des 13. Jahrhunderts zu Grunde, indem sie außerdem nicht soviel Gewicht auf den Eintritt des Todes, und die Ermittelung des Causalnexus zwischen Handlung und Erfolg durch peritorum medicorum judicium legen könnten [1]). Doch finden wir ausnahmsweise für einen Fall, nämlich den Lohnmord, durch eine ausdrückliche Entscheidung des unter Innocentius IV. im

nino absque delicto, qui delinquere inchoavit; et cum non sit determinata poena, punitur judicis arbitrio". — Bonifacius de Vitelliinis super maleficiis. Rubr. de homicidio u. de insultu.

1) S. z. B. c. 6. X. de homic. V. 12. §. 1. „Iiii autem, qui animo occidendi, feriendi, aut capiendi iiium sanctum et reverendum virum — citra manuum injectionem se fatentur venisse, si de ilia captione mors ejus secuta fuerit, pari poena vel fere pari existerent puniendi". S. auch c. 18. eod. „Nos in praemisso casu credimus distinguendum, utrum constare possit, quod praefatus Sacerdos non infilxit percussionem lethalem — — ut peritorum judicio Medicorum talis percussio asseretur non fuisse lethalis etc".

J. 1245 zu Lyon gehaltenen allgemeinen Conciliums, schon den blosen Auftrag, der gar nicht vollzogen wurde, an Strafbarkeit der Vollziehung des Verbrechens gleichgestellt[1]), wobei indeß nicht übersehen werden darf, daß dabei nur von den kirchlichen Strafmitteln der Excommunication und Deposition die Rede ist, und daß eine Abänderung der Grundsätze des bürgerlichen Strafrechts gar nicht beabsichtigt war. Deshalb finden wir denn auch bei den nur das letztere im Auge habenden Schriftstellern auf ganz übereinstimmende Weise den Satz, daß den Morddinger, wenn das Verbrechen nicht ausgeführt sey, nur eine außerordentliche Strafe treffe, vorausgesetzt, daß es ein schweres Verbrechen sey, während bei einem leichtern Delicte gar keine Strafe Statt finde[2]), und wir wissen nun auch, welche Bestimmung des canonischen Rechtes Augustinus de Francischis d'Ariminio im Auge hat, wenn er in den Additiones zu der, Not. 2. angeführten Stelle des Angelus Aretinus die Bemerkung macht, daß diese Lehre der Legisten im Widerspruche mit dem canonischen Rechte stehe, nach welchem der Mandant mit der

1) Cap. 1. de homicid. in Vlto. (V. 4.) Innocentius IV. in Concilio Lugdunensi. „Sacri approbatione Concilii statuimus, ut quicunque Princeps, Praelatus, seu quaevis alia ecclesiastica secularisve persona, quempiam Christianorum per dictos assassinos interfici fecerit, vel etiam mandaverit, quanquam mors ex hoc forsitan non sequatur, — — excommunicationis et depositionis — — incurrat sententias ipso facto".

2) So unterscheidet schon Gandinus bei dieser Frage, unter Anwendung der allgemeinen Grundsätze über Bestrafung des Versuches, zwischen maximum und non maximum delictum. (Oben Th. I. S. 98. Not. 1.) Bartolus ad L. 11. Dig. de injur. (XLVII. 10.) Luden üb. den Versuch S. 409.) Angelus Aretinus Tract. de malefic. Rubr. Et Sempronium Rudolphi nr. 7.

ordentlichen Strafe, wenigstens beim Assassinium, belegt werden müsse, auch wenn die aufgetragene Tödtung unterblieben sey.

§. 207.

Allein nicht blos das steht schon in der Doctrin und Praxis des 13ten und 14ten Jahrhunderts fest, daß gegen das jus commune der conatus immer gelinder zu ahnden sey, als das delictum consummatum, — auch die beiden Hauptprincipien über den Maaßstab der Strafbarkeit für den Versuch, daß nämlich 1) die Strafe im Verhältniß zur fortgeschrittenen verbrecherischen Thätigkeit steigen, und außerdem 2) sich nach der größern oder geringern Schädlichkeit und Gefährlichkeit der Handlung richten müsse, finden wir schon bei Schriftstellern aus dem 14ten Jahrhundert auf das bestimmteste anerkannt. Seitdem man nämlich angefangen hatte, verschiedene Stufen des Conatus, insbesondere zwischen actus verbi und actus facti und zwischen dem actus facti proximus und remotus zu unterscheiden [1]), tritt auch die Lehre hervor, daß der actus proximus auf einer höhern Stufe der Strafbarkeit stehe als der actus remotus [2]), und daß die Strafe mit Rück-

1) Die nähere Ausführung s. Oben §. 154 ff.

2) Besonders klar ist in dieser Hinsicht die Darstellung von Baldus ad L. 5. Cod. de episc. et cler. (I. 3.) welcher nachdem er gesagt hat, daß in levioribus delictis der Versuch gar nicht gestraft werde, fortfährt: Aut (sumus) in gravioribus delictis, tunc aut deventum est ad actum verbi, et non punior tanquam pro consummato, sed extra ordinem i. e. minori poena — aut processi ad actum facti, tunc, si quidem ad proximum et immediatum, et punior pro delicto consummato; si vero ad remotum, minus punior, quam si consummassem". Wenn übrigens Baldus hier lehrt, daß der actus proximus wie das delictum consummatum zu strafen sey, so ist nicht zu übersehen, daß er dabei blos die

sicht auf den eventus d. h. nach Verschiedenheit der durch den Versuch bewirkten Verletzung vermehrt oder vermindert werden müsse[1]). Zweierlei ist außerdem aus der sich immer mehr ausbildenden und erweiternden Lehre der spätern italiänischen Praktiker hervorzuheben, nämlich: 1. daß sie die Gleichstellung des Versuches mit der Vollendung hinsichtlich der Strafe nach römischen Rechte auf den conatus proximus beschränken und diese restrictive Interpretation auch auf die, den rigor juris bestätigenden Statute zur Anwendung bringen. 2. Daß sie von der Regel, der Versuch sey gelinder zu strafen als die Vollendung, entweder propter enormitatem criminis oder mit Beziehung auf bestimmte, theils falsch verstandene, theils zu sehr generalisirte, Aeußerungen des römischen Rechts, mehr oder weniger Ausnahmen statuiren, in welchen ungeachtet der generalis consuetudo der Conatus ebenso hart wie das consummatum delictum bestraft werden müsse. Als Beleg für das Gesagte mögen die Darstellungen des Aegid. Bossius, Jul. Clarus, Jac. Menochius und Prosp. Farinacius dienen.

Strenge des römischen Rechts im Auge hat; denn an einer andern auch schon Oben S. 13 wörtlich angeführten Stelle, sagt er nur, der actus propinquus werde härter als der actus remotus gestraft und setzt noch hinzu: „tamen ibi judex ex officio mitigat poenam" was nichts Anderes heißen kann, als der Richter dürfe auch beim actus proximus nicht auf die ordentliche Strafe erkennen. Vergl. Pfotenhauer a. a. O. S. 173.

1) Bartolus ad L. 16. D. de poenis. (XLVIII. 9.) „Tunc (nämlich wenn der animus einmal deductus ad actum sey) judex de aequitate sua poterit poenam augere vel minuere, considerato eventu". Daß hierdurch das andere Moment der Strafbarkeit, der Grad der fortgeschrittenen verbrecherischen Thätigkeit, nicht ausgeschlossen werde, leuchtet wohl von selbst ein.

§. 208.

Aegidius Bossius[1]). Die Frage über die Strafbarkeit des Versuches nach römischem Rechte sey ohne practisches Gewicht, „quia secundum statuta et consuetudines Italiae non punitur affectus homicidii, nisi secuto effectu. Et si statutum esset, ut solus affectus sufficeret, praetor mitigaret poenam; quod tamen non patiuntur principes, qui volunt sibi reservari ea, quae gratiam continent". Hiervon wird dann Anwendung gemacht auf die Abtreibung der Leibesfrucht, die Kindesaussetzung, die sterilitatis procuratio und das poculum amatorium und bemerkt, daß nach der Meinung Vieler, der Versuch des Giftmordes auch mit dem Tode bestraft werden könne, insbesondere nach den Mailändischen Statuten, welche ausdrücklich den affectus dem effectus gleichstellten. Als Ausnahmen von dem Prinzipe der geringern Strafbarkeit des Versuches seyen außerdem zu betrachten: 1. das Crimen laesae majestatis, bei welchem nach der L. quisquis auch schon solus tractatus, machinatio, consilium et sola ordinatio genüge. (Tit. de crim. laes. maj. No. 43 seq.) 2. Das Assassinium, hier hafte der Mandans etiam non secuto effectu nach cap. 1. de homic. in VIto. (Tit. de mandato ad homicid. No. 13 seq.) Endlich kömmt Bossius noch im Tit. de extraord. crim. No. 2 auf die Frage zurück, wie Diejenigen zu strafen seyen, qui conantur delicta patrare, wobei er unter Berufung auf den Tractat von Felinus die Regel aufstellt, quod nemo incurrit poenam, nisi delictum fuerit consummatum. Doch werde Derjenige, qui non perfecit wenigstens extraordinarie bestraft, wobei er sich noch mit der Frage zu schaffen macht, an rapiens osculum virgini invitae sit puniendus ultimo supplicio?

1) Practica et Tractatus varii. Basil. 1578. Tit. de homicid.

§. 209.

Julius Clarus[1]). Das jus commune strafe den affectus et conatus ad delinquendum, etiam si non sequatur delictum. Dieß sey communis opinio. Allein nach allgemeiner Gewohnheit werde der affectus und conatus, sive attentatum nicht gestraft[2]), nisi sequatur effectus, wie der Speculator, Gandinus(?), Jason u. A. bezeugten. Auch bedürfe diese consuetudo, als generalis, als approbata per totum mundum, nach Augustinus ad Angelum keines Beweises. „Et licet, fährt Clarus ganz richtig fort, aliqui ex praedictis videantur loqui de statutis, per quae sublatae sunt leges punientes conatum, est tamen absolutum, quod etiam absque statutis ita est generali consuetudine totius mundi introductum". Eine Ausnahme von dieser Regel machten aber die delicta atrocissima. „Nam in illis punitur affectus, etiam quod effectus non sequatur". Dazu gehöre insbesondere das crimen laesae Majest. ac oppugnatae patriae, das crimen simoniae, das latrocinium, assassinium und veneficium, bei welchen (unter Anführung von Beispielen aus der Praxis) auch der Versuch mit dem Tode bestraft werden könne. Doch sey es gewiß, daß, der gewöhnlichen Meinung zufolge, etiam in atrocissimis minus punitur, qui actum non perficit, licet devenerit ad actum proximum.

1) Sententiarum Lib. V. §. fin. Qu. 92.

2) Offenbar will Clarus sagen, nach der communis opinio werde der conatus sine effectu gar nicht gestraft. Denn er fügt am Schlusse von §. 1. der cit. Qu. ausdrücklich hinzu: „Et secundum hanc opinionem pluries vidi in Senatu judicari, et in specie de pudicitia attentata Petrus Vicarietus, qui puellae nubilis lectum ascenderat, et pectus tetigerat, neque ultra progressus fuerat, habita remissione, fuerit absolutus". Er selbst will freilich eine extraordinaria poena auch für den bloßen Versuch.

Seine eigne Meinung, sagt Clarus, sey aber folgende: „Aut lex vel statutum in hujusmodi atrocissimis expresse punit solum conatum, et servanda est; aut non punit expresse conatum: et standum est generali consuetudini, ut conatus non puniatur, nisi sequatur effectus". Dann wird er aber schwankend, weil er sehe, wie in der Praxis so verschieden erkannt und der conatus in atrocissimis bald mit der poena ordinaria bald mit einer extraordinaria geahndet werde, und glaubt dem Richter keinen bessern Rath geben zu können, als nach eigenem Ermessen der einen oder andern Meinung zu folgen, inspecta facti et personarum qualitate. „Consulo tamen, fährt er fort, ut semper in mitiorem partem inclinet. In his vero quae atrocissima non sunt, nullo modo debet judex pro solo conatu poenam mortis imponere, nisi id expresse (ut dixi) statuto vel lege caveatur, et eo etiam casu, non nisi deventum fuerit ad actum proximum et immediatum ipsi maleficio"[1]). Endlich erkennt Clarus auch noch verschie-

1) Da Clarus hiervon keine Ausnahme macht, so muß man annehmen, daß er auch beim Hochverrath die Todesstrafe auf den actus proximus beschränken wolle, welcher aber, wenn man darunter einen schon unternommenen Angriff versteht, nach richtiger Ansicht das vollendete Verbrechen bildet. Auch sagt Clarus am Schlusse der Qu. 92. ausdrücklich: „Scias etiam, quod in omnem casum dispositio d. l. si quis non dicam rapere, et simillum, quae expresse puniunt solum conatum, etiam non secuto effectu, semper intelligenda est, ut procedat, quando deventum est ad actum proximum maleficio". Hiermit stimmt auch die Darstellung in §. Laesae majest. No. 15 überein, wo Clarus ebenfalls sagt, nach jus commune werde zwar der affectus wie der effectus bestraft, allein das sey hauptsächlich auf den actus proximus zu beschränken. Vergl. meine Abhandl. üb. den Versuch des Hochverraths im Archiv des Crr. 1838. im 4ten Hefte.

dene Grade des Versuches und danach eine verschiedene Strafbarkeit des Thäters an, indem er sagt: Regulariter autem non debet judex conatum impunitum relinquere, sed semper aliquam poenam extra ordinem infligere. Et nota, quod in illis casibus, in quibus ille, qui devenit ad actum proximum, non potest puniri poena ordinaria, debet tamen acrius puniri pro motu judicis, quam ille, qui devenit ad actum remotum".

§. 210.

Jac. Menochius[1]), nachdem er sich ausführlich mit der Straflosigkeit der nuda cogitatio beschäftigt, wovon jedoch die haeresis (nicht auch das crimen laesae majestat.) eine Ausnahme machen soll, und von der Zulässigkeit der Reue beim Conatus gehandelt hat, beantwortet die Frage, in welchen Fällen und wie der Conatus gestraft werde, zuerst im Allgemeinen dahin, daß derselbe, wenn es ein conatus actui multum proximus sey, qui in se nomen delicti perfecti habet, immer, sive in atroci sive in levi crimine, gestraft werde. Was aber das Maaß der Strafe betreffe, so sey dieses dem richterlichen Ermessen überlassen, wobei hauptsächlich darauf gesehen werden müsse, wieweit der Conat noch von der Vollendung entfernt sey. „Et illud hoc loco adnotare debemus, pro modo et qualitate conatus augendam et minuendam esse poenam judicis arbitrio. Si ergo conatus erit actui multum proximus, gravius punietur quam remotus". Indem er sich hierauf zu den einzelnen Verbrechen wendet, lehrt er, daß conatus, er möge proximus oder remotus seyn, beim crimen laesae maj. mit der ordinaria

1) De arbitrariis judicum quaestionibus et causis. Colon. Agripp. 1599. Cas. CCCLX. mit der Ueberschrift: „Conatus ad delictum quando et qua poena puniatur: fusius quam hactenus factum sit exponitur".

poena bestraft werde. Dasselbe werde zwar auch vom Verbrechen der Entführung behauptet; allein richtiger werde hier die Strafe des Versuches dem richterlichen Ermessen überlassen. — Beim Assassinium, d. h. si quis cum altero pecunia promissa vel data pactus est ut aliquem occidat, werde der Versuch, etiam si homicidium secutum non est, ebenfalls gestraft (unter Bezug auf c. 1. de homic. in 6to). Doch müsse man das assassinium proprium, d. h. wenn ein Christ einen Ungläubigen zur Ermordung eines andern Christen für Geld dinge, unterscheiden von dem assassinium ex communi et statutorum significatione, wobei nichts darauf ankomme, daß ein Ungläubiger gedungen werde. Bei jenem werde der Mandans und Mandatar, etiam effectu non secuto, also wegen des blosen Conats und der attentatio mit der poena mortis ordinaria bestraft, wobei Menochius die beachtenswerthe Bemerkung macht, daß dem Mandanten, wenn der Auftrag angenommen sey, da er von seiner Seite alles Erforderliche gethan habe, mehr als ein bloser Versuch zur Last falle. „Hoc non tantum esse proprie conatum, quantum delictum consummatum ex ipsius mandantis latere: cum per eum non steterit, quin homicidium committeretur"[1]). Beim Assassinium im gewöhnlichen und im Sinne der Statute (z. B. des Statutum Brixiae, Ferrariae, Patavii und Mediolani) gelte die Regel: „Assassinus — si ad actum occidendi devenerit et conatum omnem adhibuerit, ita ut per eum non steterit, quin occideret, poena ordinaria punitur. Idem dicendum est in ipso mandante homi-

1) Wir führen diese Aeußerung deshalb an, weil darin offenbar eine Bestätigung der Oben §. 165 entwickelten Ansicht liegt, daß die gelungene Anstiftung als beendigter Versuch zu betrachten sey, für welchen Menochius (vergl. S. 15. Not. 2. schon die Bezeichnung durch del. perfectum gebraucht.

cidium data vel promissa pecunia, qui quidem eadem poena ordinaria punitur, si mandatarius ad actum homicidii proximum devenit. Si vero mandatarius non accessit ad actum proximum, mandans arbitrio judicis punitur". Wir sehen hieraus, daß schon Menochius das ganz richtige Prinzip hat, daß die Strafbarkeit der gelungenen Anstiftung sich auch nach der mehr oder weniger fortgeschrittenen Thätigkeit des Angestifteten richten müsse [1]). — Noch betrachtet Menochius hier den Fall, „cum is mandans tentavit mandatarium, ut pecuniam acciperet, et occideret, mandatarius recusavit". „Hoc casu, sagt er, solum mandans punitur, sed extra ordinem judicis arbitrio: cum conatus sit remotus ab ipso effectu", nimmt also auch an, daß die nicht gelungene Anstiftung in das Gebiet des entfernten oder nicht beendigten Versuches gehöre [2]). — Es folgen hierauf noch 30 verschiedene Verbrechen, hinsichtlich welcher Menochius die Frage über die Strafbarkeit des Versuches nach jus commune beantwortet, und insbesondere, ob den Versuch nur eine extraordinäre Strafe oder die poena ordinaria treffe. Der letztern unterwirft er den Versuch des Giftmordes, unter der Voraussetzung, daß es zum actus proximus gekommen, d. h. das Gift wirklich eingegeben sey. Indessen ist er nicht abgeneigt, die Ansicht Derjenigen zu billigen, welche auch hier dem Richter gestatteten, die Strafe einiger Maßen zu mildern. Außerdem werden noch die Sodomie und das Parricidium als solche Verbrechen bezeichnet, bei welchen der Versuch, wenigstens der actus proximus mit der poena ordinaria bestraft werden könne. — Aus dieser Darstellung der einzelnen Fälle, wo nach jus commune der Versuch gestraft werde, zieht Menochius dann das Resultat,

1) Vergl. Oben §. 184.
2) Vergl. Oben S. 36.

daß der Versuch nicht in Betracht komme 1) bei leichten Vergehen, 2) bei der Strafe der Excommunication, welche nur pro actu consummato eintrete, 3) bei der actio civilis: nec enim quis civiliter agere potest ob solum conatum. Was aber die Abänderung des jus commune durch neueres Recht betreffe, so sey jene mit Bartolus mehr auf die Statute, als eine generalis consuetudo zu stützen. Hinsichtlich der Anwendung der Statute endlich müßten mehrere Classen derselben unterschieden werden: 1) solche, welche den Versuch gar nicht erwähnten. Hier könne derselbe nie mit der poena ordinaria, wohl aber extra ordinem bestraft werden. 2) Solche, welche den Versuch einer besondern Strafe ausdrücklich unterwürfen. Hier bleibe es bei der Verordnung der Statute, die aber im Zweifel nur vom nächsten Versuche zu verstehen seyen. 3) Statute, welche in Fällen, wo auch das jus commune den Versuch bedrohten, ausdrücklich sagten, daß der Versuch gestraft werden solle. Hierin müsse man eine Bestätigung des jus commune finden, und also auch den conatus remotus strafen, wie es das jus commune anordne.

§. 211.

Prosper Farinacius[1]), welcher die Materie vom Versuche für admodum difficilis und dubitabilis propter varia jura et varias doctrinas, quae desuper circumferuntur, erklärt, glaubt zunächst nach jus commune die affirmative Regel aufstellen zu müssen, daß der affectus s. conatus etiam effectu non secuto bestraft werde, jedoch mit folgenden Declarationen und Limitationen: 1) Die ordinaria delicti poena finde nur dann Statt, quando est deventum ad actum ipsi delicto proximum. 2) Sie trete nur ein bei delictis atrocissimis. Welche De=

1) Praxis et Theoriae criminal. Pars IV. (Operum crim. Pars V.) Quaest. CXXIV. (vergl. Oben §. 157. Not. 1.).

licte dazu gehörten, sey dem Ermessen des Richters überlassen. Besonders rechnet er dahin das parricidium (Qu. 120. No. 147.), das assassinium (Qu. 123. No. 77.), das Crimen laesae majestatis (Qu. 116. No. 147.) und das crimen veneni (Qu. 122. No. 14.). Manche wollten aber auch die delicta gravia s. atrocia, licet non atrocissima ebenso beurtheilt wissen. 3) Es werde vorausgesetzt, daß Lex s. statutum den Conat ausdrücklich der ordentlichen Strafe unterworfen habe. — Farinacius wendet sich hierauf (in der Qu. 124.) zur Betrachtung besonderer Fälle, in welchen nach jus commune der affectus etiam sine effectu mit der ordinaria bestraft werde, und rechnet dahin die Bestimmung der Lex Cornelia über das cum telo ambulare, was er dahin einschränken will, „si ultra ambulationem cum telo ambulans devenerit ad insultum, et sic ad actum proximum[1]). Die Frage über die absolute oder relative Strafbarkeit wird dabei von Farinacius nicht gehörig getrennt und bald nur überhaupt gesagt, der Versuch werde gestraft, bald, er werde nicht mit der ordinaria geahndet. Besonders hervorgehoben wird noch der Fall des s. g. qualificirten Versuches der Neuern. Farinacius spricht dabei von einem delictum accessorium, in quo, etiam quod principale delictum non fuerit secutum, nulli dubium, quod ejusdem delicti accessorii poena imponi debet; z. B. wenn Jemand stehlen oder sonst ein Verbrechen verüben wollte und zu diesem Zwecke eingebrochen sey, wo er dann jedenfalls für diese fractura bestraft werde[2]); auch wenn die Versuchshandlung selbst schon ein

1) Vergl. §. 157.

2) Auch Menochius de arbitr. judic. quaest. Lib. II. Cent. IV. Cas. 360. No. 79. erwähnt diesen Fall als den 26sten, wo der Versuch gestraft werde. „Quando quis conatus est frangere portas, ut furtum committeret: punitur tanquam effractor". Doch sagten Tyraqueau und Andere mit Recht, das sey dann ein speciale delictum und nicht als Versuch zu betrachten.

besonderes Delict sey, z. B. unter den Begriff des unerlaubten Waffentragens falle, oder an sich schon eine Verletzung oder Beleidigung einer Person enthalte. „Tunc enim, licet non posset imponi poena principalis delicti non sequuti, potest tamen imponi poena delicti orientis ex illo conatu, ex quo illata fuit offensio vel laesio alicui, et praesertim si ex illo conatu delictum oriens habeat particulare et speciale nomen; — e. c. in insultante aliquem cum animo occidendi, was dann auch von Einfluß sey auf die Frage über die Straflosigkeit des Thäters, der aus Reue die Vollendung unterlassen habe. — Soweit gehen die s. g. Ampliationen des Farinacius, Nun wendet er sich zu den Limitationen, wo eine Menge Fälle auf wunderliche Weise zusammengestellt werden, in welchen der Versuch gar nicht, oder nicht mit der ordinaria bestraft werde, was dann wieder die Regel seyn soll auch im jus commune, unter Beziehung auf die L. 1. de extraord. crim. Dabei gedenkt er nun auch in der 18ten Limitation (No. 78.) der generalis consuetudo totius Italiae, et, ut plerique testantur, mundi totius, qua derogatum est L. is qui cum telo Cod. ad L. Corn. de sicar. ac omnibus aliis juribus punientibus eadem poena conatum, non sequuto delicto. Das bezeuge zuerst der Speculator, mit dem viele Andere übereinstimmten, und danach werde auch in foro entschieden, selbst wenn die Statute die Regel des gemeinen Rechts nicht abgeändert hätten, (gegen Bartolus). Doch gebe es einige atrocissima delicta, auf welche Viele diese Gewohnheit nicht ausdehnen wollten, nämlich crimen laesae majestatis, assassinii et veneficii. Besser sey es aber auch bei diesen letzteren eine gelindere Strafe eintreten zu lassen, oder wenigstens die ordentliche Strafe auf den actus proximus zu beschränken, wie selbst beim crimen laesae maj. nach Clarus die Strafe hauptsächlich darauf zu be-

ziehen sey [1]). — Zum Schlusse kömmt Farinacius noch auf die Strafbarkeit des Mandans zu sprechen, wobei er auf den Grund der L. Item apud Labeonem u. si curaverit de injur. zunächst die Regel aufstellt, der Mandans könne wegen des blosen Auftrags zur Begehung eines Verbrechens nicht bestraft werden, dann aber wegen L. 1. D. de extraord. crim., welche er für widersprechend hält, mit Bartolus zwischen schwerern und leichten Delicten unterscheidet, so daß der Mandans bei jenen allerdings wegen des blosen Auftrags, aber nur extraordinär bestraft werden könne, wenn nicht lex oder statutum wie beim Assassinium die ordentliche Strafe festsetze, und dasselbe gelte von dem bösen Rathgeber. Der Mandatar aber könne, auch bei dem schwersten Verbrechen, ex sola susceptione mandati nie gestraft werden [2]), ausgenommen wieder beim Assassinium [3]). — In der 2ten Pars der Qu. CXXIV. wird dann noch die Frage behandelt, ob und wie der Conat nach den Statuten bestraft werde, wobei Farinacius besonders den Menochius ausschreibt.

Dritte Abtheilung.

Die peinliche Gerichtsordnung Kaisers Karl V. und die spätere gemeine deutsche Praxis.

§. 212.

Einleitung.

Wenn es überhaupt nicht die Absicht des Freiherrn von Schwarzenberg bei Entwerfung der Bambergischen

1) cf. Qu. 116. No. 147. Qu. 123. Insp. 4. Limit. 3. Qu. 122. P. 2. Limit. 2.
2) Qu. 124. No. 93.
3) Qu. 123. No. 90.

H. G. O. und des Kaisers und der Reichsstände bei der darauf gegründeten Reichslegislation war, eine neue und umfassende Criminalgesetzgebung in unserem Sinne zu liefern, sondern nur unter Zugrundelegung des bisherigen Rechtszustandes eine „Reformation in criminalibus" zu bewirken und vorzüglich unter Beibehaltung germanischer Grundlagen die Anwendbarkeit der „gemeinen kaiserlichen Rechte" zu normiren, so dürfen wir uns, wenn wir zugleich den Einfluß der italiänischen Praxis auf die Entwickelung des Rechtes in Deutschland erwägen, nicht wundern, daß sich die Bambergische und später die peinliche Gerichtsordnung des Reiches, auch hinsichtlich der Bestrafung des Versuches, an die in der Praxis herrschend gewordenen Grundsätze angeschlossen, und diese gesetzlich sanctionirt haben [1]). Dabei bleibt es aber gewiß ein Verdienst des Gesetzes, daß es aus den immer noch verschiedenen Ansichten der gelehrten Juristen über die Strafbarkeit des Versuches die bessere erkannt und in vortrefflicher Fassung die Bedingungen der absoluten, und den Grundsatz für die relative Strafbarkeit festgestellt hat. Des Zusammenhanges wegen, mag der Art. 178 (Bamb. Art. 204), dessen ersten Theil wir schon kennen gelernt haben, jetzt vollständig hier seinen Platz finden:

„Straff vnderstandner missethat". „Item so „sich jemandt eyner missethatt mit etlichen scheinlichen wer„cken, die zu volnbringung der missethatt dienstlich sein „mögen, vndersteht, vnd doch an volnbringung derselben „missethat durch andere mittel, wider seinen willen verhin„dert würde, solcher böser will, darauß etlich werck, als „obsteht volgen, ist peinlich zu straffen, Aber inn eynem „fall herter dann in dem andern angesehen ge-

1) Die Uebereinstimmung der P. G. O. mit der communis Doctorum opinio in den Hauptsätzen zeigt auch gut Pfotenhauer üb. den Einfluß des factisch. Irrthums. S. 181 ff.

„legenheit vnd gestalt der sach, darumb sollen sol„cher straff halben die vrtheyler, wie hernach steht, radts „pflegen wie die an leib oder leben zu thun gebürt".

Es ist dieß übrigens der einzige Artikel der P. G. O., worin im Allgemeinen von der Bestrafung des Versuches gesprochen wird. Außerdem ist aber noch wenigstens bei zwei Verbrechen des Versuches und dessen Bestrafung ausdrücklich gedacht, nämlich bei der Nothzucht[1]) im Art. 119 und bei dem s. g. Kirchendiebstahl[2])

1) P. G. O. Art. 119. Nachdem das Gesetz von der Strafe des vollendeten Verbrechens gesprochen fährt es übereinstimmend mit der Bamb. H. G. O. Art. 144 fort: „So sich aber eyner solchs obgemelts mißhandels freuelicher vnd gewaltiger weiß, gegen eyner vnuerleumbten frawen oder jungefrawen understünde, vnnd sich die fraw oder jungkfraw sein erweerte, oder von solcher beschwernuß sunst erreth würd, der selbig übelthetter soll auff beklagung der benöttigten, inn außfürung der mißhandlung, nach gelegenheyt und gestalt der personen vnd vnderstanden missethat gestrafft werden, vnd sollen darinn richter vnnd vrtheyler radts gebrauchen, wie uor inn andern fellen mer gesetzt ist".

2) P. G. O. Art. 172. „Stel aber eyner sunst gülden oder silbern geweichte gefeß, mit oder on heilthumb, oder aber kelch oder patenen, vmb solch Diebstall alle, sie sein geschehen an geweichten oder vngeweichten orten, auch so eyner vmb stelens willen inn eyn geweichte kirchen; Sacramenthauß oder sacristei bricht, oder mit geuerlichen zeugen auffsperret, diese dieb sein zum todt nach gelegenheyt der sach vnd radt der rechtuerstendigen, zu straffen". — Es läßt sich aber immer noch bezweifeln, ob die P. G. O. in den gesperrten Worten wirklich den blosen Versuch bedrohe, wie man nicht selten angenommen hat. (Vergl. Unten §. 222) Jedenfalls ist die Drohung keine ganz bestimmte, da das Gesetz von der „gelegenheit der sach" und dem Rath der Rechtsverständigen die Zuerkennung der Strafe abhängig macht. Ganz bestimmt wird aber auch des blosen Versuches Erwähnung gethan im Art. 173. „Item so eyner eyn stock, darinn man das heylig almusen samlet auffbricht, sperret, oder wie er argklistig darauß stilt, oder

im Art. 172 und 173, welche indeß mit den allgemeinen Grundsätzen des Art. 178 ganz im Einklange stehen. Mit Unrecht hat man dagegen den von der Bestrafung des gefährlichen Diebstahls handelnden Art. 159 der P. G. O. auch auf den Versuch dieses Verbrechens beziehen und behaupten wollen, daß das Gesetz für den conatus proximus die Todesstrafe anordne[1]). Denn wenn es sich auch im Anfange der möglicher Weise auch den blosen Versuch umfassenden Ausdrücke bedient: „so aber ein Dieb in Jemands Behausung oder Behaltung bricht oder steigt, oder mit Waffen, zum Stehlen eingeht"; so läßt doch der ganze Zusammenhang, die Ueberschrift und die Worte des Artikels, „in vorgemeltem stelen", „solchs sei der erst oder mer diebstall" u. s. w. keinen Zweifel, daß das Gesetz bei der Strafbestimmung blos vollendete Diebstähle der bezeichneten Art im Auge habe. Ob man aber mit mehr Recht den vom Giftmord handelnden Art. 130 auch auf den Versuch dieses Verbrechens, der einen Schaden am Leibe zur Folge hatte, beziehen könne, ist eine Frage, auf die wir sogleich zurückkommen werden.

§. 213.

Versuchen wir es jetzt, den wahren Sinn und die

solchs mit etlichen wercken zuthun vndersteht, der ist auch an leib oder leben zu straffen, nach radt der rechtuerständigen". Strenger, wie überhaupt beim gefährlichen Diebstahl, ist die Bamberg. H. G. O. Denn sie droht, wenn der Stock „auff dem geweychten" stand, (also auch für den Versuch?) die Feuerstrafe, „Stet aber der Stock nit auff dem geweychten, man sol den dieb (als vmb weltlichen Diebstal) vom leben zum tode richten".

1) F. A. Hommel de furto qualificato. Lips. 1759. §. 18. C. F. Hommel Rhapsod. quaest. Obs. 101. S. dageg. schon Carpzov Pract. crim. Qu. 79. No. 56 seq. Vergl. A. E. R. Hemmann Diss. an poena capitalis in attentato furto qualificato locum habeat. Erf. 1775.

Bedeutung des Art. 178 der P. G. O. und zwar des hierher gehörigen zweiten Theiles desselben zu entwickeln! Das Gesetz verlangt, daß der Versuch peinlich gestraft werde, „Aber inn eynem fall herter dann in dem andern". Hierin finden wir zunächst die zur communis opinio gewordene Ansicht bestätigt, daß der Versuch aller Verbrechen gelinder zu ahnden sey als die Vollendung. Denn man kann es überhaupt als allgemeine Regel betrachten, daß da, wo die Bestimmung der Strafe, im Gegensatz zu einem andern Falle, dem Arbitrium des Richters überlassen ist, die ordentliche Strafe ausgeschlossen sey [1]). Daß es Ausnahmen von diesem Prinzipe gebe, wird von der peinlichen Gerichtsordnung im Art. 178 mit keiner Sylbe angedeutet. Als zweifelhaft kann man es indeß betrachten, ob nicht der vom Giftmord handelnde Art. 130 der P. G. O. eine solche Ausnahme enthalte. Denn das Gesetz verfügt hier, daß „wer jemandt durch gifft oder venen, an leib oder leben beschedigt", einem vorsätzlichen Mörder gleich bestraft werden soll, wonach also auch schon eine Beschädigung am Leibe zur Verwirkung der ordentlichen Strafe des Mordes zu genügen scheint, was um so weniger auffallen dürfte, als der Satz des römischen Rechts „plus est extinguere veneno quam occidere gladio" auch in der Praxis des Mittelalters stets Anerkennung gefunden hat und selbst die älteren germanischen Rechte die Anwendung von Gift in tödtlicher Absicht auch ohne Rücksicht auf den Erfolg für strafbar betrachteten. Auch fehlt es nicht an Zeugnissen dafür, daß man schon vor der P. G. O. beim veneficium, als delictum atrocissimum, die Gleichstellung des conatus proximus mit dem effectus behauptet hat. Allein nichts desto weniger kann die Gleichstellung mit einer so bestimmten Strafdrohung dem Geiste der Carolina als nicht entsprechend be-

1) Vergl. Carpzov Pract. rer. crim. Qu. XVII. No. 16.

trachtet werden. Auch wäre die Annahme nicht geradezu gegen den Sprachgebrauch verstoßend, daß in den Worten leib oder leben das Wörtchen „oder" in der Bedeutung von „und" genommen sey, wofür sich nicht blos schon Carpzov[1]) ausdrücklich erklärt hat, sondern, was viel bedeutender ist, auch ein sich an die P. G. O. anschließendes und den Art. 130 sonst wörtlich wiederholendes Statut des 16. Jahrhunderts[2]) sagt ausdrücklich: „Wenn jemand durch Gift oder Venen an Leib und Leben beschädigt". Endlich sprechen auch die Schlußworte des Art. 130 der P. G. O., welche besagen, daß die Zumessung der Strafe nach Ermessung „der person vnd tödtung" erfolgen soll, einiger Maßen dafür, daß das Gesetz nur einen vollendeten Giftmord im Auge habe[3]).

1) Carpzov Pract. rer. crim. Qu. XXII. No. 42., wo er in Beziehung auf die von ihm vertheidigte Ansicht bemerkt: Pariter non obstat art. 130 Ord. crim. in verb. An Leib oder Leben. Quia ibi particula vel ponitur pro particula et. — In jure enim saepissime particula vel est conjunctiva et ponitur pro Et. Dabei beruft er sich dann noch für die geringere Strafbarkeit des blos versuchten Giftmords auf ein Urtheil der Leipziger Schöffen, worin freilich dem aus der P. G. O. entlehnten Zweifelsgrunde nur die allgemeine Gewohnheit als ratio decidendi entgegengestellt wird.

2) Hadeler Landrecht v. 1583. Th. V. Tit. 15. in Spangenberg, Corpus privilegior. et constitutionum terrae Hadeleriae. Hann. 1823. S. 61 ff. Hiermit stimmen auch der Sache nach die, Gewohnheiten des 16. Jahrh. enthaltenden Culmischen Rechte, Buch V. Th. 2. Tit. 7. Cap. 3. überein. N. Archiv des Criminalrs. Bd. IX. S. 65.

3) Schon Wächter Strafr. II. S. 188 hat diese Worte zu dem Beweise benutzt, daß das Gesetz nur von den in tödtlicher Absicht geschehenen Vergiftungen handele. Noch mehr scheinen sie aber für das zu sprechen, was hier daraus abgeleitet worden ist.

§. 214.

Es liegt ferner in der gesetzlichen Bestimmung des Art. 178 das ausdrückliche Anerkenntniß, daß jede Art des Versuches auf einer niedrigern Stufe der Strafbarkeit stehe als die Vollendung, und daß ferner der Versuch eines und desselben Verbrechens nicht in allen Fällen mit ein und derselben Strafe geahndet, sondern nach Gelegenheit und Gestalt der Sache eine härtere oder geringere Strafe erkannt werden solle. In ersterer Hinsicht wird es demnach vernünftiger Weise keinem Zweifel unterliegen, daß auch das s. g. delictum perfectum, der conatus proximus oder der beendigte Versuch nicht mit der ordentlichen Strafe des vollendeten Verbrechens belegt werden dürfe; denn auch er gehört in das Gebiet der unterstandenen Missethat und ist keine Unterart der Vollendung, und wenn auch, wie wir gesehen haben, die Bezeichnung durch delictum perfectum ziemlich alt ist, so hat doch die Ansicht, daß er wie das consummirte Verbrechen aufzufassen sey, in der gemeinrechtlichen Theorie, namentlich in der der P. G. O. zu Grunde liegenden, nie allgemeinere Billigung gefunden. Vielmehr stimmen die hier eine wichtige Autorität bildenden italiänischen Juristen darin überein, daß auch ein solcher conatus proximus, selbst wenn er mit einer materiellen Beschädigung verbunden sey, in der Regel nur mit einer extraordinaria poena bestraft werden könne. Eine andere hiermit nicht zu verwechselnde Frage ist aber die, ob nach der Intention der P. G. O. der conatus proximus nie der Todesstrafe unterliegen könne; und dieß würde man mit Unrecht leugnen wollen! Denn das Gesetz billigt ausdrücklich eine nach Rath der Rechtsverständigen zu erkennende Strafe an Leib oder Leben, und für welchen Fall sollte dann wohl die Lebensstrafe übrig bleiben, wenn man sie nicht auf die höchste Stufe des verbrecherischen Versuches beziehen

wollte[1])? Dabei müssen wir aber natürlich an ein Verbrechen denken, was in seiner Vollendung mit einer qualificirten Todesstrafe gesetzlich bedroht ist! Da indeß heutiges Tages die qualificirten Todesstrafen meistens aus dem Gerichtsgebrauche verschwunden sind und da die P. G. O. keine Fälle der unterstandenen Missethat bezeichnet hat, welche der Richter mit der Todesstrafe belegen müßte, sondern es seinem Ermessen überlassen hat, „wie die Strafe an Leib oder Leben zu thun gebühre", so wird, wenn eine gerechte Abstufung zwischen der Strafe des vollendeten und versuchten Verbrechens fernerhin, wie es durchaus nothwendig ist, Statt finden soll, insofern freilich die Todesstrafe auch für den beendigten Versuch als ausgeschlossen betrachtet werden müssen.

§. 215.

Die P. G. O. verpflichtet den Richter die Strafe zuzumessen „angesehen gelegenheit vnd gestalt der sach" und überläßt es durch diese ganz allgemeine Aeußerung seinem Ermessen, die aus der Natur der Strafe und des Verbrechens, in ihrer positivrechtlichen Auffassung, abzuleitenden Strafzumessungsgründe bei der Würdigung der Strafbarkeit des versuchten Verbrechens zur Anwendung zu bringen. Wenn nun der oben §. 180 ff. entwickelte allgemeine Maaßstab der Strafbarkeit für das versuchte Verbrechen, wie wir nicht zweifeln, dem Geiste unseres positiven Rechtes entsprechend ist, so wird auch der gemeinrechtliche Richter diese Strafzumessungsgründe bei Bestimmung der Strafe berücksichtigen müssen[2]).

1) Vergl. Blumblacher Commentar. zu Kaisers Karl V. peinl. H. G. O. ad art. 178. (Unten §. 222.).

2) Die geringere Strafbarkeit des vermeintlichen Versuches (mit untauglichen Mitteln und an einem des Verbrechens nicht fähi-

Dazu gehört aber insbesondere die größere oder geringere Entfernung, in welcher der Verbrecher von der Vollendung der That geblieben, oder die Stufe, bis zu welcher der Verbrecher auf seinem verbrecherischen Wege fortgeschritten ist. Dagegen ist in neuerer Zeit von Luden die schon gelegentlich (Th. II. §. 158.) berührte Behauptung aufgestellt worden [1]), „daß die Carolina, wenn sie vorschreibt, daß in dem einen Falle härter gestraft werden solle, als in dem anderen, etwas ganz Anderes gemeint habe, als verschiedene Grade des Versuches". In der That gebe es, sagt Luden, nur einen Grad des Versuches, d. h. wenn einmal der Anfangspunct überschritten sey, von welchem an die menschliche Handlung überhaupt als Versuch in das Gebiet des Strafrechtes falle, so ständen an und für sich alle Handlungen auf einem gleichen

gen Gegenstande) erkennen auch ältere Juristen an, obgleich die von ihnen für die geringere Strafbarkeit angeführten Gründe ebenso sehr für die gänzliche Straflosigkeit sprechen. Vergl. Joh. Henr. Pottii Tract. crim. de poena conatus. Francof. et Lips. 1698. Cap. II. §. 24. Henr. Alers (Praes. Casp. a Rheden) de poena cogitationum. 1713. Thes. 50. 51. Uebrigens kann noch nachträglich hier bemerkt werden, daß die italiänischen Juristen, welche die Frage in dieser Allgemeinheit nicht aufwerfen, in einem hierher gehörigen Falle, nämlich der Tödtung eines Geächteten, den der Thäter als solchen nicht kannte, ausdrücklich die Straflosigkeit anerkennen. Jul. Clarus Sent. rec. Lib. V. §. Homicidium No. 67. „Fuit etiam aliquando dubitatum, nunquid occidens bannitum, quem ignorabat esse bannitum, gaudeat nihilominus beneficio hujus statuti, et concludendum est, quod sic". Das habe schon Bartolus behauptet (in L. inter omnes, §. recte n. 4. ff. de furtis) und es sey allgemein angenommen. Doch sey dieß so zu verstehen, daß der Thäter nicht wegen Homicidiums bestraft werde. Die ausgesetzte Belohnung bekomme er nicht.

1) Luden, über den Versuch des Verbrechens. S. 49. S. 510—514.

Grade der Strafwürdigkeit, und es dürfe daher die größere oder geringere Strafe, welche die Carolina für die verschiedenen Fälle vorschreibe, nicht danach bestimmt werden, ob der Handelnde mehr oder weniger Handlungen begangen habe, welche der Vollendung näher oder entfernter standen, sondern lediglich danach, ob der Versuch an und für sich einen größeren oder geringeren rechtsverletzenden Erfolg gehabt habe. „Wer mit der Pistole (sic!), sagt Luden, seinem Feinde auflauert in tödtlicher Absicht, ist ebenso strafbar, als wer dieselbe abschießt, ohne zu treffen. Trifft aber der Schuß, ohne jedoch zu tödten, so ist der Versuch strafbarer, und er ist mehr oder minder strafbar, je nachdem die Verletzung größer oder geringer war. Das ist der wahre objective Character des teutschen Rechtes". Die Unrichtigkeit dieser Ansicht nach allgemeinen Gründen des Strafrechts ist, wie wir glauben, schon in einer frühern Erörterung zur Genüge dargethan[1]); hier haben wir die Frage zu beantworten, ob die peinliche Gerichtsordnung wirklich blos die Folgen und nicht auch die Beschaffenheit der Versuchshandlung an sich als einflußreich auf die Zumessung der Strafe habe betrachten können.

§. 216.

Luden glaubt diese Frage deshalb verneinen zu müssen, weil, wie er behauptet, in der Lehre der italiänischen Practiker keine Grade des Versuches im Sinne der Neuern d. h. nach Verhältniß der fortgeschrittenen verbrecherischen Thätigkeit vorkämen und auch die älteren deutschen Practiker solche Grade nicht aus dem Art. 178 ableiten zu können glaubten. Allein die Letzteren, von welchen noch weiter unten näher die Rede seyn wird, schließen sich

1) Oben Th. II. §. 173.

in der Regel ganz an ihre italiänischen Muster an[1]), und es wird daher zunächst blos einer Erinnerung an die Oben[2]) dargestellten Ansichten der italiänischen Juristen bedürfen. Ausgemacht ist nun, daß von ihnen bei den schwerern Verbrechen zwischen actus oder conatus proximus und remotus unterschieden und nach dieser Unterscheidung der Grad der Strafbarkeit bestimmt wurde; es ist ferner ausgemacht, daß man diesen Unterschied auf das Fortschreiten der verbrecherischen Thätigkeit bezog, was sich schon aus der ganz übereinstimmenden Erklärung der Spätern ergiebt: der Conatus proximus sey vorhanden, wenn der Delinquent von seiner Seite Alles zur Vollendung erforderliche gethan, und es nicht an ihm gelegen habe, wenn das Delict nicht vollendet wurde. Mögen sie nun auch in der Betrachtung einzelner Fälle verschiedener Ansicht seyn, und der Eine hinsichtlich des nämlichen Falles von einem actus proximus, der Andere von actus remotus sprechen, so ergiebt sich doch zur Genüge, daß sie denjenigen, welcher einen blosen insultus (ohne Verletzung) gemacht hatte, auf eine höhere Stufe der Strafbarkeit stellen als Denjenigen, welcher blos auflauerte[3]). Auch reden sie ja nicht blos bei der Tödtung und andern Verbrechen, welche einen gewissen äußern Erfolg (effectus) zum Thatbestande verlangen, vom conatus proximus oder remotus, sondern auch bei denjenigen, die durch die blose

1) Am meisten entspricht ohne Zweifel die Darstellung Carpzov's, jedoch nur an einer Stelle, der Ansicht von Luden. S. Unten §. 221—223.

2) Th. II. Kap. V.

3) S. insbesondere oben die Darstellung des Farinacius, woraus sich zugleich die Unrichtigkeit der Behauptung Lubens S. 425 ergiebt, daß der insultus nach der übereinstimmenden Erklärung der Italiäner ein entfernter Versuch sey. Wie hätten sie dann wohl darüber streiten können, ob das cum telo ambulare ein actus proximus oder remotus sey?

Handlung vollendet werden, z. B. Nothzucht und andern Fleischesverbrechen, wobei also nur nach dem Fortschreiten der verbrecherischen Thätigkeit der Unterschied zwischen actus proximus und remotus bestimmt werden konnte. Ihre Theorie konnte daher gar nicht darauf beschränkt seyn, daß der Versuch ein näherer oder entfernterer sey, je nachdem mehr oder weniger an dem Erfolge fehlte. Daß sie zum Theil von conatus cum effectu, und vom proximus und remotus ab effectu sprechen, ist freilich richtig, allein nur deshalb, weil sie gewöhnlich an Verbrechen mit Erfolg, namentlich die Tödtung denken, und weil es Niemanden einfallen konnte, zu leugnen, daß der Conat auch einen effectus haben könne und doch Versuch sey, so lange es an dem zum Begriffe des Verbrechens gehörigen Erfolge fehlte.

§. 217.

Ließe sich aber auch wirklich der Beweis führen, daß man in der Theorie und Praxis vor und zur Zeit der Carolina gar nichts von Stufen des Versuches im Sinne der Neuern gewußt habe, so würde doch gewiß daraus nicht folgen, daß wir uns heutiges Tages nicht darum zu bekümmern brauchten, sobald man nicht zugleich zeigen könnte, daß ihre Beachtung dem Geiste unseres positiven Rechtes entgegen sey. Wie Vieles hat Theorie und Praxis der neuern Zeit geschaffen und festgestellt, wovon die frühere Zeit keine Ahndung hatte? Wie manche Fälle hat die Wissenschaft durch Zergliederung scheinbar identischer Verhältnisse einer ganz andern Regel der Beurtheilung unterworfen, als es früher der Fall war, und wie oft eine blose Andeutung unserer einfachen positiven Gesetze zu einem fruchtreichen Prinzipe erweitert! Hätte also auch die P. G. O. den objectiven Maaßstab blos in der gröbsten und am meisten in die Augen springenden Gestalt

d. h. blos die Größe der materiellen Rechtsverletzung zu Grunde gelegt, sollten wir wohl deshalb dabei stehen bleiben und die feinere Ausbildung unterlassen? Und wenn, wie wir nachgewiesen haben, mit dem Fortschreiten der verbrecherischen Thätigkeit auch die Erkenntnißgründe für die Stärke und Festigkeit des widerrechtlichen Willens steigen[1]), so daß also jenes Fortschreiten auch auf die subjective Strafbarkeit von Einfluß seyn muß, können wir dann nicht behaupten, daß die P. G. O. selbst die Beachtung dieses Strafzumessungsgrundes vorschreibe, indem sie sagt, „solcher böser Wille ist peinlich zu strafen, in einem Falle aber härter als in dem andern[2])?" Vor Allem ist aber zu erwägen, zu welchen Consequenzen Luden's Ansicht über den angeblich wahren objectiven Character des deutschen Rechts führt! Nach ihr würde nämlich entweder nur bei denjenigen Verbrechen, die einen gewissen äußern Erfolg (in dem gewöhnlich damit verbun-

1) Dagegen bemerkt Luden S. 511, daß der dolus oder böse Wille keine verschiedenen Grade zulasse, „daß er entweder vollkommen vorhanden, oder nicht vorhanden sey, da Niemand zu gleicher Zeit dasselbe wollen und nicht wollen könne". Das hat an sich wohl Niemand bezweifelt; davon ist aber hier nicht die Rede, sondern von der Möglichkeit eines stärkern und festern bösen Willens, welche auch nicht bezweifelt werden kann, da Wollen und Vollbringen zweierlei ist, die Stärke und Festigkeit des Willens aber nur aus dem Letzteren zu erkennen seyn dürfte.

2) Wenn Luden dagegen (a. a. O. S. 512) Gewicht darauf legt, daß die P. G. O. nach Gelegenheit und Gestalt „der sach", also nicht der Person und der verschiedenen Arten ihres dolus die Strafe bestimmt wissen wolle, so kann dieß aus dem Grunde Nichts beweisen, weil Sache, wie causa oder res bei den Römern, alle bei der rechtlichen Beurtheilung in Betracht kommenden Verhältnisse umfaßt. Es sind daher auch die subjectiven Gründe der Strafbarkeit darunter begriffen, ebenso wie in der häufiger vorkommenden römischen Redensart: prout quaeque res expostulat, statuendum est.

denen Sinne) zu ihrem Begriffe verlangen, von einer verschiedenen Strafbarkeit des versuchten Verbrechens die Rede seyn können, und bei allen übrigen, an Zahl überwiegenden, die durch die blose Handlung consummirt werden, müßte der Versuch immer mit der nämlichen Strafe belegt werden, oder, was ohne Zweifel noch consequenter wäre, man müßte den Versuch, weil das Fortschreiten der verbrecherischen Thätigkeit gar keinen Einfluß auf die Strafbarkeit haben soll, für ebenso strafbar wie die Vollendung erklären! Zwar will Luden auch hier dadurch eine Abstufung in die Strafe bringen, oder, wie er sagt, den objectiven mit dem subjectiven Gesichtspunkte vereinigen [1]), daß die Größe der Strafe der sonstigen objectiven Beschaffenheit der Handlung gemäß bestimmt werde; allein daraus würde nur folgen, daß nicht ein und dasselbe Verbrechen stets mit der nämlichen Strafe

1) „Der Versuch der Tödtung, sagt Luden a. a. O. S. 513 ist daher z. B. in verschiedenem Grade strafbar, je nachdem der Verbrecher seinem Opfer leichtere oder schwerere Wunden bereits zugefügt hatte; ob er sich aber nur auf die Lauer stellte, oder ob er die Flinte anlegte, oder ob er dieselbe abschoß, ist, vorausgesetzt, daß der Schuß vorbeiging, in gleichem Grade strafbar, denn der dolus und mithin auch die subjective Strafwürdigkeit sind sich in allen diesen Fällen gänzlich gleich(??); in derselben Weise ist der Versuch des Raubes oder der Nothzucht in verschiedenem Grade strafbar, je nachdem größere oder geringere Gewaltthätigkeit gegen die Person mit demselben verbunden war. Aus gleichem Grunde wird z. B. der Versuch der Kindesaussetzung verschieden bestraft werden müssen, je nachdem die Art des Hinlegens mehr oder minder gefährlich war für das Leben des Kindes', der Versuch der Brandstiftung verschieden, je nachdem größere oder geringere Gefahr für Leben und Eigenthum der Menschen zu befürchten stand. In dieser Weise werden objective Gründe der verschiedenen Strafbarkeit bei den Versuchen fast aller Verbrechen vorkommen können".

belegt werden könne, durchaus Nichts aber für die geringere Strafbarkeit des Versuches im Verhältnisse zur Vollendung, da diese nur auf die Entfernung vom verbrecherischen Ziele gestützt werden kann.

§. 218.

Doch werfen wir jetzt einen Blick auf die der Carolina nachfolgenden[1]) deutschen Schriftsteller, so zeigt sich, daß auch diese, wenn auch häufig ganz ohne Rücksicht auf das Reichsgesetz, theils überhaupt die geringere Strafbarkeit des Versuches im Verhältniß zur Vollendung, theils die größere und geringere Strafbarkeit nach Verschiedenheit des Grades des Versuches anerkennen. Was zunächst die beiden ältesten Uebersetzungen der peinlichen Gerichtsordnung betrifft, so zeigt sich auch in der Uebertragung des zweiten Theiles des Art. 178 die Goblerische getreuer als die Uebersetzung des Remus, welcher etwas einmischt, was das

1) Was die der P. G. O. vorausgegangenen Autoren betrifft, so enthalten weder Ulrich Tengler's Laienspiegel von 1510, noch Sebastian Brand's richterl. Klagspiegel von 1516 irgend Etwas über die Bestrafung des Versuchs, was bei Ersterem um so auffallender ist, als er mehr das practische als das gesetzliche Recht darzustellen sucht und offenbar schon die Bamberg. H. G. O. benutzt hat. Selbst beim homicidium, oder wie es Tengler nennt, der „Mannsschlacht" ist nur von vollendeten Tödtungen die Rede. Sebast. Brand, der auf eine geistlose Weise Bestimmungen des römischen Rechts zum Theil in wörtlicher Uebersetzung compilirt, erwähnt zwar ad L. Cornel. de sicar. den Kauf, Verkauf und Besitz von Gift, übergeht aber das cum telo ambulare hominis necandi causa. Merkwürdig ist auch, daß die Strafregister aus der Zeit vor der peinl. Gerichtsordnung, z. B. der Stadt Nürnberg in Siebenkees Materialien zur Nürnberg. Gesch. Bd. II. und in dem neuerlich herausgegebenen Berliner Stadtbuche, durchaus kein Beispiel der Bestrafung eines versuchten Verbrechens enthalten.

Gesetz nicht enthält. Von den Worten „solcher böser wille" bis zu Ende lauten die beiden Uebersetzungen, welche wir der leichtern Vergleichung willen, neben einander stellen, folgender Maßen:

Gobler.	Remus.
—— Ea voluntas, ex qua facinora aliqua (ut praeponitur) emergunt, criminaliter et poenaliter corripienda puniendaque est. Sed in alio casu severius quam in alio, ex respectu et qualitate causarum. Idcirco judices poenam propter (ut sequitur) consultent, scilicet quomodo ea corpori aut vitae sit imponenda.	—— hic animus malus, haec mens mala et ad malum projecta, haec maleficiendi libido, e qua, quid intus fuerit, promanarit, si manifesta facta deprehendatur, extremo supplicio quibusdam atrocioribus casibus percellenda est: Aliquando tamen gravius; interdum, observato delicti genere levius punitur conatus, quo in negocio judicum prudentia elucebit, qui ut tutius decernant, Togatorum clarissimorum consilio utentur.

Während also Gobler, ganz wie die Carolina, die Bestimmung der Strafe des Versuches an Leib oder Leben dem richterlichen Ermessen überläßt, nach Gelegenheit und Gestalt der Sache, mischt Remus, wobei er sich in den Scholien ausdrücklich auf die Italiäner, Felinus, Jul. Clarus und den vor Allen belobten Menochius bezieht, die Bestimmung ein, daß der Conat bei gewissen schwerern Verbrechen mit dem Tode bestraft werden müsse, und nennt als solche das assassinium, crimen laesae majestatis, proditio und veneficium. Auch giebt er auf eine dem Gesetze nicht entsprechende Weise blos das genus delicti als einzigen Strafzumessungsgrund für den Versuch

an, worin denn weiter nichts läge, als daß z. B. der Versuch des Mordes härter zu strafen sey, als der eines geringern Verbrechens; — in der That eine sehr überflüssige und sich von selbst verstehende Bestimmung.

§. 219.

Von den der P. G. O. am nächsten stehenden Schriftstellern erwähnen wir zuerst den Niederländer Damhouder, dessen Practica criminalis in Deutschland viel Ansehn erlangte [1]). Er giebt keine allgemeine Abhandlung über den Versuch, sondern sucht dessen Strafbarkeit bei den einzelnen Verbrechen zu bestimmen, zuerst beim Crimen majestatis, wo er sich ganz kurz auf L. 5. Cod. ad L. Jul. maj. bezieht [2]), dann beim homicidium, wo er nach Anführung der Bestimmung der kaiserlichen Rechte, welche den in äußern Handlungen erkennbar gewordenen bösen Willen der Consummation gleichstellten, der entgegenstehenden generalis consuetudo gedenkt [3]), und dieselbe aus drei Gründen zu rechtfertigen sucht, nämlich 1) weil das jus commune zu hart sey; 2) weil doch ohne die Vollendung die Gewißheit des bösen Willens schwer zu beweisen sey und der Thäter hier wegen einer blosen Präsumption den Rechten zuwider peinlich gestraft werden würde; 3) weil

1) Auch hat Damhouder offenbar die P. G. O., wahrscheinlich in der Goblerischen Uebersetzung, bei seiner Arbeit benutzt. So enthält z. B. Cap. LXXV. No. 1. (de inspectione occisi) seiner Praxis rerum criminalium eine wortgetreue Uebersetzung des 149ten Art. der P. G. O. Auch beruft sich Damhouder Cap. CXI. No. 12. ausdrücklich auf den D. Justinus Goblerus Goarinus, einen „Jureconsultus nequaquam incelebris" und dessen Commentar „super constitutione Augustissimi imperatoris Caroli V de capitalibus judiciis".

2) Jodoc. Damhouder, Rerum criminalium Praxis. Cap. LXII. No. 10.

3) Ibid. Cap. LXVII. No. 13 seq.

weder die Gerechtigkeit, noch der Staat durch den blosen Willen so verletzt werde, wie durch die That; — Gründe, welche gewiß Anerkennung verdienen. Ebenso stellt er bei der Abortus procuratio, durch eine Umkehrung der Hadrianischen Sentenz, den Satz auf: „Et hodie in maleficiis potius spectatur eventus, quam solus animus delinquentis". Daher werde der Versuch nur extraordinär bestraft[1]). Dagegen scheint Damhouder beim Assassinium, auch bei nicht vollzogenem Auftrage, propter enormitatem criminis (ohne Berufung auf das canonische Recht), die ordentliche Strafe für zulässig zu halten[2]); ebenso beim parricidium[3]), beim crimen raptus[4]), der Sodomie[5]) und der Brandstiftung[6]) und zwar schon für die blose Drohung (einem Andern den rothen Hahn auf das Dach zu setzen) und für „actus praeparatorios".

1) Ibid. Cap. LXXIII. No. 16. 17.

2) Cap. LXXIII. No. 15. Cap. LXXXIII. No. 2.

3) Cap. LXXXVII. No. 5.

4) Cap. XCV. No. 15. dabei die allgemeine Bemerkung: „Imo in quibusvis atrocissimis delictis (de quorum numero haud dubie raptus est) punitur delictum attentatum, etiamsi non sit secutus effectus".

5) Cap. XCVI. No. 16. „Porro in hoc delicto atrocissimo non requiritur consummatio operis aut seminis ejaculatio, sed ad crimen et punitionem sufficit voluntas proxima et conatus actui proximus: ita ut rem perfecisset, si potuisset, aut nisi aliquod impedimentum intercessisset. In his enim conatibus actui proximis punitur voluntas coinquinata pro effectu et delictum attentatum pro delicto consummato". Dieß ist die einzige Stelle, wo Damhouder des conatus actui proximus gedenkt und dadurch mittelbar den Unterschied zwischen proximus und remotus anerkennt. Hiernach ist das oben S. 20. Not. 1. von Damhouder Gesagte einiger Maßen zu berichtigen.

6) Cap. CIII. No. 11.

§. 220.

Was Andreas Perneder und Chilian König[1]) über die Bestrafung des Versuches enthalten ist unbedeutend. Sie berücksichtigen blos das jus commune, welches den conatus pro effectu strafe, ohne der entgegenstehenden Gewohnheit und der Carolina zu gedenken. Ausführlicher betrachtet zwar nicht die letztere, aber doch die erstere, Heinrich Rauchdorn[2]). Dieser macht auch einen Versuch jene gemeine Gewohnheit zu rechtfertigen, den wir hier wiedergeben, um zugleich eine Probe der Darstellungsweise seiner Zeit zu liefern. Er sagt: „Die gesetzte Peen der todtschleger hat nicht alleine stat, gegen dem todtschleger, welcher die that wirklichen volbracht, sondern auch in denen, die jhnen sölchen willen vnd fürsatz den mordt zu begehen, gefast vnd furgenomen, auch darauff jhren furgesatzten willen, ins werck zu bringen sich vnderstanden, vnangesehen, ob sich der angesprengte des theters auffgehalten, oder auch nur allein vorwundet worden, vnd doch nicht daruon gestorben, Dann dißfals sol der theter, von seines mördtlichen vormessen willen vnd fursatz wegen, nichts weniger als ein todtschleger vormöge der Recht gestrafft werden. — Diß wirdt auch in Biblischem Göttlichen gesetz probirt[3]), Exodi XXI. Capit. Da geschrieben steht, wer seinen negsten schlecht, gemüts jhnen gar zu ertödten, der sol auch des todes sterben[4]). — Doch wil

1) S. die Th. II. S. 20. Not. 1. citirten Schriften. Vergl. auch: Der Gerichtlich Proceß, aus geschrieben Rechten und nach gemeinem im heiligen Reich Teutscher Nation Gebrauch und Uebung. Frankf. 1555. Luden über den Versuch S. 428.

2) In seiner Practica und Proceß peinl. Gerichtsordnung. Budissin 1564. 3ter Theil. fol. LV.

3) S. darüber Oben Th. I. §. 90.

4) Bis hierher hat Rauchdorn aus Perneder's H. G. O. fol. XVIIb fast wörtlich abgeschrieben. Denn Perneder's Buch ist schon 1544 zum ersten Male gedruckt. Vergl. Wäch-

hierbey mit sonderm vleisse zu bedencken sein. Ob wol vormöge gemeiner Recht, der furgesatzte wille in Peinlichen sachen, der vorbrachten that gleich zu achten, vnd zu straffen sey, wirdt doch sölchs durch eine gemeine gewonheit limitirt vnd gelindert, Also das der wille vnd furnemen, so hart vnd schwerlich nicht gestrafft, als wann die that im werk erfolget vnd vorbracht were. — Nun ist berürte gewonheit billich vnd natürlich, die billigkeit aber vnderscheidet, den willen vnd das furnemen, auch die wirckliche that, vnd erfordert eine lindere straff, von deme der sein furnemen nicht vorbracht, dann ob es volendet worden were [1]). — Wann aber oben angezeigt, das die Biblischen gesatz, vnd also das Göttliche Recht stracke masse gibet, wie es in diesem fall solle gehalten werden, Darumb dann diese gewonheit als dem Göttlichen Rechten zu wieder, nicht stadt haben könne, Sintemal dem Bapst, Keyser noch sonsten niemanden anders das Göttlich gesetz aufzuheben gebüret, Darauff ist zu antworten, das eben dieser ort des XXI. Capitels Exodi, nicht rechtschaffen aus dem Hebraischen ins Latein, vnd folgents auch ins Deutsche gebracht, Dann im Hebraischen stehen die wort also. Wer einen menschen schlecht vnd ertödtet, der sol des todes sterben. Wie sölches der Lehrer Nicolaus Lirensis an bestimptem orte bezeuget, mit diesem anhange, Wo der beschediger den beleidigten nicht ertödtet, ob er gleich sich zum höchsten, an jme den mordt zu begehen willens gewest,

ter im Archiv des Criminalr. Jahrg. 1834. S. 82 ff. Deshalb hätte auch Perneder, der übrigens die Carolina nicht berücksichtigt, Oben S. 20. Not. 1. vorangestellt werden sollen.

1) Rauchborn und sein Vorgänger Damhouder sind, so viel mir bis jetzt bekannt, die ersten Schriftsteller, welche die generalis consuetudo als den natürlichen Rechten entsprechend zu rechtfertigen suchen. Die Italiäner berufen sich blos auf die positivrechtliche generalis consuetudo und deren derogatorische Kraft, oder auf die Statute.

vnd befliessen, Sol er doch am leben nicht gestrafft werden. Dis beweren vnd stercken die wort Leuitici im XXIIII Capitel gesetzt, gantz ausdrücklichen, wer einen menschen schlegt vnd tödtet, der sol des todes sterben. Aus diesem volgt schließlich das die gemeine gewonheit, daruon oben erwenung geschehen, dem gesetz Moysi nicht wiederwertig, sondern gantz gemeß vnd gleich stimmig ist, das krafft derselben eine furgenomene, doch vnvorbrachte vbelthat, der volzogenen vnd ins werck gerichten, nicht gleichformig zu strafen sey. — Außgeschlossen in dem laster beleidigter Majestät, vnd vorrehterey des Vaterlandts. Dann in solchen lastern wird die wissenschafft, wann sie vorschwiegen wirdt, als die vollige That gestrafft". Von andern, die Strafbarkeit des Versuches betreffenden Fragen enthält Rauchdorn nichts!

§. 221.

Nicht blos in Beziehung auf das Verbrechen der Tödtung, sondern allgemeiner fassen die Frage auf Nicol. Vigelius und Joh. Emerich von Rosbach. Jener stellt[1]) den Art. 178 der P. G. O. voran und verbindet damit die Betrachtung der allgemeinen dem jus commune derogirenden Gewohnheit, wonach kein judicium publicum Statt finde, si conatus non habuerit effectum. Diese Gewohnheit habe aber nicht Statt, sagt er, in criminibus atrocibus, puta laesae majestatis, proditae et oppugnatae patriae, etc. Nun behaupteten zwar Einige, daß in diesen Fällen nur eine extraordinaria poena zulässig sey, allein auch in non atrocibus criminibus werde der conatus sine effectu mit einer extraordinären Strafe belegt, und jene Unterscheidung der Verbrechen würde ganz überflüssig seyn,

1) Constitutiones Carolinae Publicor. judicior. in ordinem redactae, cumque jure communi collatae. Ed. 4ta Basil. 1613. Cap. II. der Einleitung. (Vergl. Oben S. 20.)

wenn man den Versuch der schweren Verbrechen nicht der ordentlichen Strafe unterwerfen wollte. Letztere habe Statt beim crimen raptus, dem schon genannten crimen laesae majestatis und beim Uebergang zum Feinde. Gestritten werde über das assassinium, veneficium, das crimen Sodomiae und den Versuch des Selbstmordes. Wenn aber der conatus non ad actum pervenerit, so werde er gar nicht gestraft; ebenso wenn der Thäter aus Reue die Vollendung unterlassen habe, wie sich aus Art. 178. verb. „Wider seinen willen" ergebe. Wenn aber der conatus ad remotiorem actum, non proximum gekommen sey, so müsse er immer blos mit einer extraordinaria poena belegt werden, dieß scheine auch die P. G. O. anzudeuten, wenn sie sage, „Aber in einem fall" etc. Unbedeutender ist das, was Emerich von Rosbach über unsere Frage enthält. „Allen Gesetzen, sagt er[1]), welche den Conat (sc. wie die Vollendung) straften, sey derogirt durch eine entgegenstehende Gewohnheit, ausgenommen beim Verbrechen der beleidigten Majestät und oppugnatae patriae, „in quibus non separatur eventus; sed sufficit simplex conatus, quia sero pararetur vindicta crimine consummato". Dasselbe gelte bei der Simonie und dem Vergiftungsversuche. Bei andern Verbrechen werde nach der Gewohnheit der Versuch nicht gestraft, was jedoch, nach der nicht ungewöhnlichen Ausdrucksweise älterer Schriftsteller, auch heißen kann, es treffe ihn nicht die ordinaria delicti poena. —

§. 222.

Carpzov, mit dem eine neue Aera in der Behandlung der Criminal-Rechtswissenschaft beginnt, hat, wie

1) Practica criminalis s. processus judiciarius. (Oben S. 21 Note). Dem Titel zufolge hat er vorzüglich auch die P. G. O. berücksichtigt. Bei der hierher gehörigen Frage beruft er sich nicht darauf. Seine Gewährsmänner sind blos Italiäner, Bartolus, Baldus Jason, der Speculator u. A.

schon früher bemerkt worden ist, keine allgemeine Abhandlung über den Versuch in seiner Practica rerum criminalium geliefert, sondern nur bei einzelnen Verbrechen (mit unvermeidlicher Wiederholung des schon Ausgeführten) die Strafbarkeit des Versuches erörtert; dagegen zeichnet er sich dadurch aus, daß er mehr als seine Vorgänger die P. G. O. beachtet und deshalb auch fester an dem Principe hält, der Versuch sey geringer als die Vollendung zu strafen. Zuerst beim homicidium überhaupt[1]) beruft er sich für die geringere Strafbarkeit des Versuches auf die generalis consuetudo, das sächsische Lehenrecht c. 39 und die peinliche Gerichtsordnung 178, „ubi, quando eventus delicti non est actum propinquum insecutus, haud imponitur poena ordinaria, sed permittitur res arbitrio Peritorum". Gegen die fast übereinstimmende Meinung der Juristen wendet er diesen Satz auch auf das parricidium, selbst wenn es mit Gift versucht sey, an[2]), weil die generalis consuetudo allen einzelnen entgegenstehenden Bestimmungen des römischen Rechtes derogire, und stellt[3]) die Regel auf: „Quod in omnibus et quibusvis delictis, sive sint atrocissima, sive non, Conatus, quantumvis ad actum proximum fuerit deventum, ordinaria cujusvis delicti poena non debeat puniri". Von dieser Regel statuirt er indeß mit Clarus zwei Ausnahmen: 1) Wenn lex oder statutum den Conat ausdrücklich der poena ordinaria unterwerfe, wo es aber denn doch zu einem con. proximus gekommen seyn müsse; 2) wenn die Umstände bei einem delictum atrocissimum so beschaffen seyen, daß der Richter die ordinaria poena für nothwendig halte, obgleich

1) Qu. II. No. 51 — 55.
2) Qu. XVII. Quomodo conatus in crimine parricidii puniri debeat?
3) Qu. XVII. No. 13.

er immer zur mildern Meinung geneigt seyn müsse. Hinsichtlich des verschiedenen Grades der Strafbarkeit unterscheidet er dann, jedoch auf eine offenbar irrige Weise, drei Fälle: 1) Wenn es nicht allein zu dem actus proximus und immediatus ipsi delicto (parricidio) gekommen sey, et sic (delinquens) a sua parte et quantum in ipso est, delictum consummavit; sondern auch ein großer Schade an der Gesundheit bewirkt, der Tod schneller herbeigeführt, oder ein solcher Versuch öfter wiederholt sey. Hier könne der Richter unbedenklich die Todesstrafe zuerkennen. 2) Wenn der Delinquent zwar auch zum actus proximus gekommen, allein kein damnum irrecuperabile bewirkt, z. B. der zu Tödtende gar nicht krank geworden, oder ganz wieder hergestellt sey. Die fustigatio cum perpetua relegatione sey hier die höchste Strafe. 3) Wenn der Verbrecher nicht ad actum proximum gekommen, sondern der conatus ad actum solum remotum gediehen sey, z. B. si quis leviter aliquem percussit, aut emit venenum, sed non propinavit. Hier finde relegatio (temporaria), Gefängniß, oder Geldstrafe Statt. Man sieht aber leicht ein, daß Carpzov hier sich in die auffallendsten Widersprüche verwickelt, und seine Beispiele sehr unglücklich gewählt hat, so richtig es auch seyn mag, daß die unterschiedenen Fälle auf einer verschiedenen Stufe der Strafbarkeit stehen; da Niemand in Abrede stellen wird, daß mit der Größe der durch den Versuch angerichteten Beschädigung auch die Strafbarkeit steige. Allein wie läßt es sich rechtfertigen, wenn im Falle No. 1. die schnellere Herbeiführung des Todes als Beispiel des conatus proximus genannt wird, da doch nur die Alternative bleibt, daß entweder der Tod als Folge der Verletzung juristisch zu betrachten ist, wo dann von keinem Conatus die Rede seyn kann, oder dieß nicht der Fall ist, wo dann der der Zeit nach später eingetretene Tod bei der Straf-

bestimmung nicht mehr berücksichtigt werden darf?! Ganz widersprechend ist es aber, wenn Carpzov den Fall „si quis leviter aliquem percusserit" als Beispiel des conatus remotus nimmt und dasselbe mit dem blosen Giftkaufe zusammenstellt! Welche Ungereimtheit und welcher Widerspruch mit den Beispielen von No. 2., wo als Fall des Conatus proximus genannt wird, „wenn der zu Tödtende gar nicht krank geworden sey"! Als ob man Denjenigen, der auch nur leicht verwundet worden ist, gesund nennen könnte!

§. 223.

Weiter erörtert Carpzov die Strafbarkeit des Versuches beim Assassinium [1]), wo er sich gegen die allgemeine Meinung erklärt, daß schon der blose Vertrag zwischen dem Mordbinger und dem Banditen die ordinaria begründe. Die Bestimmung des cap. pro humani de homicid. in VIto müsse, sagt er, jedenfalls auf das assassinium verum beschränkt werden; beim assassinium fictum dagegen müsse es zum effectus oder wenigstens, wie schon Clarus behaupte, ad actum proximum et immediatum gekommen seyn. Außerdem finde nur eine extraordinaria poena Statt. Auch hier versucht Carpzov eine Erklärung des Unterschieds zwischen actus proximus und remotus zu geben, wobei er ihn ganz richtig und in Uebereinstimmung mit den Italiänern bestimmt. Mit Berufung auf Farinacius nimmt Carpzov hier den actus proximus dann an: „quando fuit deventum ad insultum vel offensionem". Es genüge also nicht, „quod actus sit simplicitur propinquus delicto; sed proximus esse debet ipsi consummationi et perfectioni delicti, ita ut sit ultimus actus, qui a delinquente agendus est ad criminis perfectionem; — qui quidem ultimus actus non potest verificari, nisi in

1) Qu. XIX. No. 52 seq.

offensione aut saltem in insultu. — Quamvis etiam alii actum proximum dicant eum, quando ultra tractatum deventum est ad actum aliquem ordinatum ad ipsum factum, veluti Assassinus perveniat ad locum destinatum homicidio, ibique expectet, ut occidendus transeat". Wir sehen also, daß auch Carpzov hier den Unterschied nach dem Fortschreiten der verbrecherischen Thätigkeit und nicht nach der Größe der schädlichen Folge des Versuches bestimmt. Dabei überläßt er es dem richterlichen Ermessen, ob wegen eines conatus proximus auf die Todesstrafe zu erkennen sey, führt aber ein Beispiel an, wo gegen sechs Wegelagerer, welche, für Geld gedungen, dem Herzog Franz von Sachsen-Lauenburg in mörderischer Absicht bewaffnet aufgelauert hatten, ohne daß es zu einem Angriff gekommen war, von den Leipziger Schöffen die Todesstrafe erkannt wurde. — Ja selbst beim Veneficium, sollte auch der Versuch einen Schaden am Leibe zur Folge gehabt haben, verwirft Carpzov, wie wir schon [1]) gesehen haben, die Gleichstellung von Versuch und Vollendung, — nicht aber die einfache Todesstrafe für einen mit schädlichen Folgen begleiteten Versuch, obgleich er ebenfalls das veneficium für ein atrocissimum und gravissimum delictum erklärt und annimmt, daß darin zugleich das crimen proditionis enthalten sey [2]). Diesen Grundsätzen bleibt Carpzov auch bei der Frage über die Strafbarkeit des Versuches des Raubmords getreu, und erkennt hier um so mehr beim conatus proximus die Zulässigkeit der Todesstrafe, auch wenn der Beraubte nicht getödtet worden ist, an, als die P. G. O. schon für den blosen Raub im Art. 126 die Todesstrafe verhänge [3]). Wo dagegen die Gesetze, wie z. B. bei der Nothzucht,

1) Oben §. 213.
2) Qu. XX. No. 10—12.
3) Qu. XXII. No. 69 ff.

dem vollendeten Verbrechen nur die einfache Todesstrafe drohen, verwirft er auch für den nächsten Versuch die poena capitalis [1]).

§. 224.

Von den Commentatoren der peinlichen Gerichtsordnung aus dem 17ten und 18ten Jahrhundert behandelt zunächst Christoph Blumblacher [2]) den Art. 178 ziemlich ausführlich. Seine vorzüglichsten Gewährsmänner sind Clarus und Carpzov. Doch erklärt er sich nicht unbedingt für ihre Ansichten. Bei der Frage, ob die dem jus commune entgegenstehende Gewohnheit, den Versuch geringer als die Vollendung zu strafen, auf alle, insbesondere auch die atrocissima delicta zu beziehen sey, will er sich zwar der mildern Meinung des Clarus „accomodirn"; dieß aber nicht dahin verstanden wissen, daß der Versuch gar nicht am Leben gestraft werden könne. Denn, bemerkt er ganz richtig, es sey ja im Art. 178 der P. G. O. ausdrücklich enthalten, „daß eine vnterstandne Missethat am Leib oder NB. Leben zu straffen, wann nun aber wegen vnterstandner Missethat jedermalen die Milde erwehlet, vnd niemals die Lebensstraff geschöpfft vnd erkennt werden solte, so wurde solches in der angezogenen Peinl. Halß-Gerichts-Ordnung vergebentlich gesetzet seyn". Auch sey in einigen Gesetzen ausdrücklich die Lebensstrafe für den blosen Versuch bestimmt, nämlich 1) für Denjenigen, welcher einen Diffidations- oder Fehdebrief schreibe, wenn auch weiter Nichts zur Ausführung geschehen sey, nämlich im Reichsabsch. zu Regensburg v. 1549. §. dergleichem [3]). 2) Für den versuchten Raub einer Klo-

1) Qu. LXXV. No. 56 ff.

2) S. dessen Commentar in Kayser Karl V. peinl. H. G. O. ad Art. 178.

3) Wovon indeß die Sächsischen Constitutionen abweichen. Vergl. unten §. 229. u. Carpzov. Pract. rer. crim. Qu. XXXVII. No. 59. 60.

sterjungfrau L. 5. Cod. de episc. et cler.[1]). 3) Für den versuchten Kirchenraub in der P. G. O. Art. 172[2]). 4) Für den conatus fractae pacis publicae, nach dem Landfrieden v. 1548[3]). 5) Für das crimen laesae majestatis, nach L. 5. Cod. ad L. Jul. majest. — Wenn aber, sagt Blumblacher weiter, die Gesetze nicht ausdrücklich verordnet hätten, daß der Conatus pro effectu zu strafen sey, „so tribuire er viel dem Arbitrio judicis, ob in solchem Falle der Conatus poena ordinaria, qua ipse effectus, gestraft werden solle, wobei dann die Qualität der mißthätigen Person, die Ursachen, warum sie solches attendirt, die Umstände und aus was für Ursachen eigentlich das Attentatum oder die Anmassung ihren Effect nicht erreichet, fleißig zu consideriren seyn werde". — Wo aber auch der Conatus pro effectu zu strafen sey, werde in der Regel[4]) ein actus proximus vorausgesetzt. Trete dagegen eine poena extraordinaria pro arbitrio judicis ein, so müsse, je näher der Versuch der Vollendung gekommen sey, um so mehr auch die poena arbitraria geschärft werden. Bei geringern Vergehen sey der Versuch ganz straflos[5]).

§. 225.

Etwas abweichend von seinen Vorgängern stellt Johann Paul Kreff[6]), nachdem er die Ansichten jener in der Kürze zusammengestellt hat, die Behauptung auf, daß, wenn man nur gehörig die Fälle sondere, wo der Conat ein selbstständiges Delict bilde, und richtig zwischen Ver-

1) Vergl. Th. I. S. 132.
2) S. oben Th. II. S. 154.
3) Oben Th. I. S. 171. Not. 2.
4) Als Ausnahme betrachtet Blumblacher das crimen majestatis.
5) Vergl. Th. I. S. 177. Not. 2.
6) Commentatio succ. in Const. crim. Caroli V. ad art. CLXXVIII. No. 6.

such und Vollendung unterscheide, der Versuch niemals mit der poena ordinaria bestraft werden könne. Damit sey aber nicht gesagt, daß die Todesstrafe den Versuch nie treffen dürfe. Doch sey die in der P. G. O. gebilligte Lebensstrafe auf diejenigen Fälle zu beschränken, in welchen sie das gemeine oder Particular-Recht ausdrücklich anerkenne oder eine richtige Analogie sie rechtfertige. Bei Zumessung der Strafe müsse nächst den allgemeinen Gründen der Strafbarkeit, (status conantis, delicti atrocitas, conditio personae laedendae vel laesae) auch berücksichtigt werden, „quousque conatus progressus sit"; und was die Strafe des vollendeten Verbrechens mildere, komme umso mehr auch beim Conat in Betracht. — Diese Ansicht von Kress über die Strafbarkeit des Versuches billigt durchaus Koch[1]). Es stehe, behauptet er, die Regel fest: „Delicto nondum consummato poena ordinaria locum non habet". Dagegen findet die Meinung, daß die delicta atrocissima auszunehmen seyen, wieder einen eifrigen Verfechter an Joh. Samuel Friedr. von Böhmer[2]). Manche Versuche, sagt er, bildeten selbstständige Verbrechen, wie z. B. der Landzwang nach Art. 128 der P. G. O., und unterlägen als solche der gesetzlichen Strafe. Dann gebe es aber auch Verbrechen, „quae tentata pro consummatis habentur" und die, ohne als versuchte einen besondern Namen zu bekommen, entweder schon im actus remotus, oder nur im actus proximus der ordentlichen Strafe unterworfen seyen. Zu jenen gehöre gemeinrechtlich die perduellio und nach Particular-Rechten der Zweikampf. Aus einzelnen Bestimmungen der Gesetze hätten die Interpreten die Re-

1) Institutiones jur. crim. Lib. I. Cap. VI. §. 88.

2) Meditationes in Const. crim. Carol. ad art. CLXXVIII. §. VII seq. Dieselben Grundsätze trägt Boehmer in seinen Observ. ad Carpzov. Qu. II. obs. IV. vor.

gel gebildet[1]), daß bei den atrocissimis delictis die ordentliche Strafe eintrete, wenn der Delinquent von seiner Seite alles zur Vollendung Erforderliche gethan habe. Und dieser Ansicht müsse man für gewisse Fälle auch beistimmen. Denn die P. G. O. ermächtige auch den Richter zur Lebensstrafe, nach diesem Gesetze sey jetzt allein zu entscheiden, und es könne demnach bei den schwersten und abscheulichsten Missethaten, bei welchen der Thäter wegen eines blosen Zufalles keine Begünstigung verdiene, auf die ordentliche Strafe erkannt werden. Ein Beispiel liefere selbst die peinliche Gerichtsordnung bei der Bedrohung des Giftmordes. Dieß sey auch nicht, wie Matthaeus[2]) u. A. glaubten, durch die gemeine Gewohnheit abgeschafft und auf einzelne in den Gesetzen speciell benannte Fälle als jus singulare zu beschränken, sondern ein allgemeines Prinzip der hier allein zur Anwendung kommenden peinlichen Gerichtsordnung Karls V. Hinsichtlich der Frage, welche Delicte atrociora seyen, entscheidet sich Böhmer mit Blumblacher dafür, daß alle einer qualificirten Todesstrafe unterworfenen Verbrechen dazu gehörten. Denn man müsse von der Wirkung auf die Ursache zurückschließen d. h. von der Strafe auf die Schwere des Verbrechens. Das unmenschliche Verbrechen verdiene auch eine unmenschliche Strafe, und so könne man mit Leyser das parricidium und das stuprum violentum atrox, mit Damhouder das Incendium und die Sodomie und mit ihm selbst alle qualificirten Mordthaten hierher rechnen. Doch sey es nicht seine Meinung[3]), daß man bei dieser Classe der Verbrechen immer verbrennen und viertheilen solle, sondern nach „Gelegenheit der Sach" d. h. mit Rücksicht auf die Natur des

1) Boehmer l. c. §. IX. X.
2) de criminib. Lib. XLVIII. Tit. V. Cap. 1. No.
3) Boehmer l. c. §. XI.

Verbrechens und die Bosheit des Verbrechers. Auf den Umstand, ob ein damnum reparabile oder irreparabile bewirkt sey, dürfe man nicht zuviel Gewicht legen [1]). — Bei andern Verbrechen treffe dagegen den Versuch nur eine außerordentliche Strafe [2]), welche sehr verschieden ausfallen könne und bei deren Bestimmung besonders 1) die Strafe des vollendeten Verbrechens und 2) „gradus quousque processit conatus, utrum proximus, an remotus sit" zu berücksichtigen sey.

§. 226.

Man sieht leicht ein, daß der sonst verdienstreiche Böhmer gerade hinsichtlich seiner Grundsätze über die relative Strafbarkeit des Versuches keine Fortschritte zum Bessern machte. Er schwankt offenbar zwischen einem vermeintlichen Festhalten an der, irriger Weise als neue Gesetzgebung aufgefaßten peinlichen Gerichtsordnung und einer höchst willkührlichen moralischen Würdigung der subjectiven Verschuldung des Verbrechens, welche ihn zu einer Billigung der unmenschlichsten Strafübel selbst für den blosen Versuch hinführt. In der Praxis des vorigen Jahrhunderts war aber offenbar die Meinung vorherrschend, daß der Versuch immer mit einer gelindern Strafe (jedoch mit Einschluß der einfachen Todesstrafe) zu ahnden sey als das vollendete Verbrechen. Dieß bezeugen [3]) Granz [4]),

1) Dabei gedenkt Böhmer in seinen Observ. ad Carpz. l. c. eines Falles, wo wegen beabsichtigten Mordes die Todesstrafe von den Hallensern erkannt worden sey, obgleich der in einen Brunnen Gestoßene den Vortheil gehabt habe, daß er dadurch von seinem heftigen Podagra und Chiragra curirt worden sey.

2) Boehmer Medit. ad CCC. Art. cit. §. XII.

3) S. auch überhaupt die schon angeführte Diss. v. Traug. Thomasius An poena del. ordinarii puniend. sit conat. proximus.

4) Granzii Defensio Inquisitorum. Cap. VI. Membr. II. Sect. II. Art. XI. No. 568.

Koch a. a. O., Berger[1]), Püttmann[2]), Westphal[3]), v. Quistorp[4]), die beiden Meister[5]), Kleinschrod[6]), Klein[7]) u. A. Bei den beiden letztern zeigt sich auch schon der Einfluß der inzwischen begonnenen Cultur des philosophischen Criminalrechts und der Aufstellung allgemeiner Grundsätze über den Maaßstab der Strafbarkeit. Insbesondere sucht Kleinschrod auf diesem Wege die Meinung derjenigen zu bekämpfen, welche den nächsten Versuch, oder das delictum perfectum, dem vollendeten Verbrechen an Strafbarkeit gleichstellen wollten, liefert aber zugleich eine gründlichere Betrachtuung des gemeinen positiven

1) Electa juris crim. p. 2.

2) Elem. jur. crim. §. 294.

3) Criminalrecht. Anmerk. XXIV. §. 3. „Wo ein würklicher Conatus vorhanden, da hat nie poena ordinaria statt. Die Fälle, wo die Römer conatum pro facto straften, sind in Deutschland nicht zu gebrauchen, weil die H. G. O. Art. 178 schlechthin die unterstandene Missethat gelinder als die vollführte That bestraft wissen will. — §. 4. Eben dieser H. G. O. zufolge ist auch ein Conatus nicht zu strafen, wie der andere. Es kommt darauf an, ob nur noch wenig oder viel zur würklichen Ausführung ermangelte. In jenem Falle heißt der conatus proximus, und wird mit einer Strafe, so der Bestrafung der Consummation am nächsten kommt, belegt. In diesem Falle heißt er conatus remotus und man geht von der ordentlichen Strafe viele Schritte zurück".

4) Grundsätze des deutschen peinl. Rechts. 6te Ausg. (v. Klein) Bd. I. §. 97.

5) G. J. Fr. Meister princ. jur. crim. §. 50. 112. J. Chr. Fr. Meister Urtheile und Gutachten in peinl. Fällen. S. 425 f. Daß letzterer alle Todesstrafe beim blosen Versuche schon nach römischen Rechte verwirft, s. Oben S. 105 ff.

6) Systemat. Entwick. der Grundbegr. des peinl. Rechts. Abth. I. §. 39—41.

7) Grundsätze des gem. peinl. Rechts §. 146—150. fast wörtlich übereinstimmend mit dem Preuß. Landr. Th. II. Tit. 20. §. 39—42.

Rechts und ist dabei einer der Ersten, welche selbst das crimen majestatis nicht als Ausnahme von dem Prinzipe der geringern Strafbarkeit des Versuches gelten lassen. Im Art. 128 und 130 der P. G. O. findet er vollendete Verbrechen. — Von den neuern gemeinrechtlichen Criminalisten sind fast Alle für die geringere Strafbarkeit des Versuches, halten sich aber auch dabei, was die Begründung dieser Ansicht und die Bestimmung des Verhältnisses der Strafbarkeit des Versuches zur Vollendung und an sich betrifft, je nachdem sie die Philosophie des Strafrechts zur Rechtsquelle erheben oder nicht, entweder mehr an die Folgerungen der zu Grunde gelegten Strafrechtstheorien [1]), oder blos an die Bestimmungen des positiven Rechts. Nur Einige, wie z. B. Tittmann [2]), wollen ihrer Strafrechtstheorie zu Gefallen wenigstens den nächsten Versuch auch gemeinrechtlich mit der ordentlichen Strafe belegt wissen. Ebenso allgemein sind die beiden Oben §. 181. näher entwickelten Regeln über die Zumessung der Strafe für das versuchte Verbrechen von den neuern Criminalisten anerkannt. Ueber die Zulässigkeit der Todesstrafe beim blosen Versuche sprechen sich Manche entweder gar nicht

1) Wie z. B. Feuerbach Lehrb. des peinl. Rechts. §. 110. 111. Wenn Feuerbach dabei in der Not. b. die Bemerkung macht: Ist die Handlung, welche den Versuch zu einem andern Verbrechen ausmacht, selbst schon ein vollendetes benanntes Verbrechen (qualificirter Versuch), so treten die Grundsätze von concurrirenden Verbrechen ein, und es wird auf die ordentliche Strafe des vollendeten Verbrechens mit Schärfung erkannt"; — so ist dieß theils an sich den allgemeinen Grundsätzen über Bestrafung concurrirender Verbrechen insofern nicht entsprechend, als die Ausnahme zur Regel erhoben wird (cf. Feuerbach Lehrb. §. 129. 130.), theils ist dieser Satz in den Fällen geradezu falsch, wo das versuchte Verbrechen (z. B. Hochverrath) offenbar strafbarer ist, als das damit concurrirende vollendete Delict (z. B. Gewaltthätigkeit, Fälschung.).

2) Handb. der Strafrechtswissensch. I. §. 98.

oder nur bei einzelnen Verbrechen aus. Daß sie den gemeinrechtlichen Gesetzen zufolge nicht in Abrede gestellt werden könne, ist schon früher nachgewiesen[1]). Mit dem allmäligen Verschwinden der qualificirten Todesstrafen mußte sie aber in der Praxis der deutschen Gerichte nothwendig immer seltener werden. — Auf ganz übereinstimmende Weise ist übrigens der Art. 178 der P. G. O. in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis als ein allgemeines auf alle Verbrechen sich beziehendes Strafgesetz betrachtet worden, und nur beim Verbrechen des Hochverraths hat man bis auf die neueste Zeit die aber auch schon mehrfach bekämpfte Ansicht fortwährend vertheidigt, daß hierbei die Bestimmungen des römischen Rechts, namentlich der L. 5. Cod. ad L. Jul. majest., die man überdieß auf eine aller rechtlichen Begründung entbehrende Weise generalisirte, zur Anwendung kommen müßten und daß hiernach bei diesem Verbrechen der Unterschied zwischen Versuch und Vollendung ganz zu verwerfen sey. Die völlige Unhaltbarkeit dieser Behauptung ist in der schon mehrfach erwähnten Abhandlung im Archiv des Criminalrechts Jahrg. 1838, wie wir glauben, zur Genüge nachgewiesen[2]). Nicht mißverstehen darf man übrigens die Behauptung von Luden[3]), daß der Art. 178 auf diejenigen Verbrechen nicht anwendbar sey, welche nur im römischen Rechte und nicht in der P. G. O. mit Strafe bedroht sind. Denn es soll damit nur die gewiß ganz richtige Ansicht ausgedrückt werden, daß man bei denjenigen Strafdrohungen des römischen

1) Ausdrücklich erkennt Feuerbach die Todesstrafe als zulässig an: für den Versuch des Hochverraths (Lehrb. §. 170.), des Giftmordes (§. 248.) und der Brandstiftung (§. 366.).

2) Vergl. auch Luden über den Versuch des Verbr. S. 510. Not. 1. und vorzüglich Bauer Strafrechtsfälle Bd. II. S. 201—206, wo ebenfalls die Nothwendigkeit einer Unterscheidung zwischen Versuch und Vollendung des Hochverraths sehr gut entwickelt wird.

3) a. a. O. S. 40. 508 f.

Rechts, welche sich auf Handlungen beziehen, die ihrer materiellen Beschaffenheit nach blose Versuchshandlungen sind, auf den Grund des Art. 178 der P. G. O. nicht wieder einen Versuch dieser Versuche strafen dürfe. Man muß vielmehr, sagt Luden ganz richtig, „sich vermittelst einer Abstraction aus der Tendenz dieser Handlungen und aus dem Zwecke, den der Handelnde zunächst beabsichtigt hatte" (wobei die Oben Th. I. §. 7—14 entwickelten Grundsätze mit Rücksicht auf den eigenthümlichen Geist d. h. insbesondere den vorherrschenden objectiven Standpunkt des deutschen Rechtes eintreten) „einen Begriff zu bilden suchen von der Vollendung des Verbrechens und dasselbe so lange für unvollendet nehmen, als jener Begriff noch nicht erfüllt ist. Dadurch wird es, möglich, den objectiven Standpunkt des germanischen Rechtes auch auf das römische Recht zu übertragen und auf diese Weise Gleichförmigkeit der Grundansichten in die Quellen unseres gemeinen Rechtes zu bringen. Die Strafe, welche das römische Recht als die ordinaria vorschreibt, wird demnach nur erkannt werden dürfen, wenn das Verbrechen in der Weise vollendet vorliegt, als man sich den Begriff der Vollendung durch Abstraction gebildet hat und die übrigen in dem römischen Rechte beschriebenen Handlungen, welche materiell als Versuche zu dieser Vollendung erscheinen, werden gelinder bestraft werden müssen nach demselben Verhältnisse, nach welchem auf den Grund des Art. 178 der Versuch überhaupt gelinder bestraft wird als die Vollendung". Diese Ansicht, wonach die Gleichstellung hinsichtlich der Strafe im römischen Recht heutiges Tages nicht über die Vollendung des Verbrechens entscheiden kann, ist auch schon von andern Criminalisten bei einzelnen Verbrechen mit Recht geltend gemacht worden [1]).

1) Z. B. beim Verbrechen des Hochverraths in der cit. Abhandl. des Verf., von Bauer a. a. O. u. andern dort Angeführten.

Vierte Abtheilung.

Die ältern deutschen Particular-Rechte bis zur Mitte des achtzehnten Jahrhunderts.

§. 227.

Einleitung.

Es könnte auffallend erscheinen, daß, wie sich aus der folgenden genauern Relation ergeben wird, in so wenigen deutschen Particular-Rechten, die nach der Peinlichen Gerichtsordnung erschienen, Bestimmungen allgemeiner Natur, wie namentlich über die Bestrafung des Versuches, für welchen doch die P. G. O. eine so treffliche Verfügung in dem Art. 178 geliefert hatte, zu finden sind. Die meisten Landesordnungen des 16ten und 17ten Jahrhunderts, selbst die der Carolina der Zeit nach sehr nahe stehende, in mehrerer Hinsicht interessante und noch gegenwärtig im Meiningschen gültige, Hennebergische Landesordnung von 1539 in ihrem strafrechtlichen Theile, beschränken sich darauf, für einzelne Missethaten Strafen festzusetzen [1]), die denn meistens in der Ordnung an einander gereiht werden, welche die P. G. O. gewählt hatte und welche im Ganzen die Zeitansichten von der Stufenleiter der Verbrechen ausdrückt, so daß mit den schwersten, die Gottheit oder das ganze Gemeinwesen auf sehr merkliche Art beleidigenden Missethaten begonnen und zu den blos Individuen verletzenden Missethaten herabgestiegen wurde. Allein das Auffallende, was jene anscheinende Nichtachtung der P. G. O.

Beim crimen falsi von Wächter Strafrecht Th. II. S. 223., beim Verbrechen der Gewaltthätigkeit, Wächter a. a. O. S. 5. Dasselbe muß aber auch z. B. bei den Verbrechen der öffentlichen Beamten, insbesondere dem crimen de residuis gelten.

1) Die s. g. Philippina oder peinliche Gerichtsordn. des Landgrafen Philipp des Großmüthigen von 1536, die die Carolina mit Abkürzungen mehrentheils wörtlich wiedergiebt, enthält allerdings im Art. 124 den Art. 178 der P. G. O.

haben könnte, verschwindet, wenn man das Verhältniß, in welchem die Reichsgesetzgebung zu den Landesgesetzen und Gewohnheiten stand, in Erwägung zieht. Denn wenn es auch eine von Wächter[1]) mit Recht als irrig bezeichnete Ansicht ist, daß die Reception der Carolina in den einzelnen Territorien von der Willkühr der einzelnen Reichsstände abgehangen habe, indem sie vielmehr mit der Publication derselben, als eines für ganz Deutschland verbindlichen Reichsgesetzes, in allen einzelnen Territorien gesetzliche Kraft erlangen mußte, und demgemäß auch die zum Theil erst in der zweiten Hälfte des 16ten Jahrhunderts erfolgten Publications-Verordnungen, wie z. B. in den Braunschweig-Lüneburgischen Ländern, nur den Sinn hatten, den Gerichten die Beobachtung des an sich gültigen Gesetzes einzuschärfen[2]), — so war doch anderer Seits die P. G. O. durchaus nicht hinsichtlich aller Bestimmungen ein den besondern Landesrechten derogirendes Gesetz, sondern nur in so weit, als sie absolut gebietende, z. B. über die nothwendige Besetzung der Gerichte, oder absolut verbietende Verordnungen, wie z. B. im Art. 22 über die Verurtheilung auf Indizien oder in dem von bösen und unvernünftigen Gewohnheiten handelnden Art. 218, enthielt. Im übrigen war es, wie durch die s. g. salvatorische Clausel ausdrücklich erklärt wurde, durchaus nicht die Absicht der Reichsgesetzgebung, „Churfürsten, Fürsten und Ständen an ihren alten wohlhergebrachten rechtmäßigen und billigen Gebräuchen etwas zu benehmen", und es stand auch in der Befugniß der Reichsstände, die Bestimmungen der P. G. O. innerhalb jener Gränze abzuändern, zu beschränken oder zu erweitern. Ueberdieß lag es in der Natur der Sache, daß die

1) Im Archiv des Crimrs. Jahrg. 1837. S. 59 ff.

2) Wie z. B. die Verordnung des Herzogs Julius von Braunschweig sagt, es solle ihr „ohne allen Abtritt" nachgegangen werden.

eigenthümlichen Verhältnisse einzelner Territorien Strafbestimmungen nothwendig machten, welche in der allgemeinen Reichsgesetzgebung keinen Platz finden konnten, und so erklärt es sich, wie die Landesordnungen theils solche, zum Theil auch mehr aus polizeilichen Rücksichten entsprungene Strafdrohungen [1]), theils Erweiterungen und Ergänzungen der Bestimmungen der P. G. O. [2]), theils ausdrückliche Sanctionen des bisherigen besondern Landesgerichtsgebrauchs in Beziehung auf die Bestrafung einzelner Verbrechen enthielten, in welcher Hinsicht sich ja die P. G. O. selbst mehrfach auf die Landesgewohnheiten bezogen hatte. Hier war es also Bedürfniß, durch die Landesgesetzgebung das Verhältniß der P. G. O. zum Landesgebrauche zu bestimmen und den letztern so zu sagen zu fixiren, wogegen hinsichtlich der allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze, zu denen auch die Bestimmung über die Strafbarkeit des Versuches zu rechnen ist, das gemeine beschriebene Recht und die peinliche Gerichtsordnung fernerhin als Rechtsquelle betrachtet wurde.

§. 228.

Wie lange sich übrigens unter diesen Umständen ganz abnorme und mit den allgemeinen Bestimmungen der Carolina im Widerspruch stehende Gewohnheiten erhalten ha-

1) Wie z. B. über Bestrafung von Schlägereien, Unzucht, Saufgelagen, öffentlichem Unfug, Mummereien, unerlaubten Spielen, Wucher u. dergl. Vergl. z. B. die Gothaische Landesordn. v. 1653. Th. II. Kap. IV. u. ihre Grundlage die Weimar. L. O. v. 1589. Neuer Abdr. Weimar 1768.

2) Als Beispiele dienen die Bestimmungen der L. Ordnungen über Injurien und Schmähschriften, Fälschungen, Meineid, Banquerott u. dergl. Interessant ist in dieser Hinsicht die Henneberg. L. O. v. 1539. Für unsern Zweck von besonderer Bedeutung sind die im Sächsischen Rechte und andern Landesordnungen z. B. im Pfälzischen Landrecht u. a. m. vorkommenden Bestimmungen über die Bestrafung des Assassiniums, bei nicht vollzogenem Auftrage.

ben, zeigen die Statute und Strafbücher einzelner Städte und Gerichte. So war z. B. freilich die Verordnung des Art. 137 der P. G. O., daß die (absichtlichen) Todtschläger mit dem Schwerte bestraft werden sollten, vorhanden, und es war zufolge dieses Artikels überall rechtlich unzulässig, den Todtschläger wie den Mörder der Strafe des Rades zu unterwerfen; allein daneben konnte sich sehr wohl die Gewohnheit und die Anordnung vieler Statute, wie z. B. der Helmstädtischen von 1589 erhalten, daß der Todtschlag nur mit einer temporären Verweisung, oder wie nach dem alten Compositionen-System mit einer Geldstrafe gebüßt werden solle. So liefern auch z. B. die Wrogenregister der Großvoigtey Celle aus den Jahren 1600—1651 einen merkwürdigen Beweis, daß der absichtliche Todtschlag und insbesondere auch der Versuch desselben blos mit verhältnißmäßig höchst unbedeutenden Geldbusen geahndet wurde [1]). Das vollendete Verbrechen wurde mit 20—30 Fl. geahndet; für den Versuch der Tödtung, sowie für den aufgetragenen aber nicht vollführten Meuchelmord, finden sich in mehren Fällen aus den Jahren 1617 und 1619 nur 16 Ggr. 20—30 Schill. auch 1 Thlr. angeschrieben. — Andrer Seits findet man dagegen auch in manchen Particular-Rechten die Bestimmungen des gemeinen Rechtes über die Bestrafung des Versuches bei mehrern Verbrechen geschärft oder wenigstens zum Theil ein ausdrückliches Anerkenntniß der gewöhnlichen Lehre, daß der Versuch der delicta atrocissima ebenso hart, wie die Vollendung bestraft werden solle, und auch in dieser Hinsicht konnte die P. G. O. mit ihrem Art. 178 der Landesgesetzgebung nicht hinderlich seyn. Namentlich ist dieß in den, in mehrfacher Hinsicht interessanten Chursächsischen Constitutionen der Fall.

1) Vergl. von Bülow und Hagemanns practische Erörterung. Bd. II. No. XXXII. S. dageg. Const. des Altenlandes v. 1517. §. 10. bei Pufendorf Observ. T. IV. App. No. III.

§. 229.

Nach älterem Sächsischen Rechte wurde der Versuch ohne schädlichen Erfolg mit Beziehung auf Sächsisch. Lehnrecht c. 39 für straflos gehalten [1]). In den Sächsischen Constitutionen v. 1572 dagegen, von welchen die im vierten Theil befindlichen von peinlichen Fällen handeln und welche den Zweck hatten, die durch den Kampf zwischen einheimischen und fremden Rechten entstandene Rechtsunsicherheit, der Bitte der Stände gemäß, durch Entscheidung der wichtigsten Controversen zu heben [2]), sind mehrere wichtige, die Bestrafung des Versuches betreffende Bestimmungen enthalten, von welchen einige das gemeine Recht bestätigen, andere aber auch verschärfen. In manchen Verordnungen sind aber die bedrohten Handlungen nicht in ihrer Eigenschaft als Versuchshandlungen, sondern formell als selbstständige Verbrechen aufgefaßt, wie dieß auch in der P. G. O. und in andern Reichsgesetzen, z. B. beim Landzwang und der Absendung von Fehdebriefen geschehen ist. So bestimmt die Const. IX. für das Provociren und Ausfordern zum Duell Geldbuse, Gefängniß oder nach Umständen auch Landesverweisung, und die Const. XIII. beantwortet die Frage: „Wie das Wegelagern oder Vorwarten zu strafen?" dahin, daß sie „in Sachen die Räuberei auch Fehden und dergleichen betreffen" vermöge des Landfriedens mit dem Schwerte,

1) Das Lehnrecht sagt nämlich: „Es geschieht an Willen noch an schlechten Worten keine Gewalt wenn keine That darnach folget", Carpzov. Practica rer. crim. Qu. XVII. No. 15.

2) Abgesehen von den besondern Ausgaben des Codex Augusteus finden sie sich auch im Handb. der Strafgesetze des Königreichs Sachsen v. Jul. Weiske. Leipz. 1833. S. 1 ff. Ueber die Geschichte der Entstehung dieser Constitutionen und der ihnen zu Grunde liegenden s. g. Consultationes Saxonicae s. Wächter Abhandl. aus dem Strafrechte. Leipz. 1835. S. 5 ff.

dagegen „andere Vorwartung in Gassen, auf Dorf- und dergleichen Fußsteigen, welche nicht in Gemüth und Meinung zu rauben, sondern zu beschädigen, oder sich zu rächen, geschehen", wenn Verwundungen oder Beschädigungen darauf erfolgt sind, willkührlich geahndet werden sollen. Die Const. XIV. bestätigt die Ansicht der Schöppenstühle, „daß derjenige, welcher einen Fehdebrief schreibt, nicht mit dem Schwert, sondern allein mit Staupenschlägen zu strafen, er hätte denn mit der That zur Fehde zu helfen angefangen", verfügt dagegen gegen Diejenigen, „welche Brandzeichen stecken und anhängen", die einfache Todesstrafe durch das Schwert [1]), sowie auch die Const. XV. Diejenigen derselben Strafe unterwirft, „welche mit einer Condition, sofern man sich mit ihnen nicht vertragen würde", Fehde ansagen. Merkwürdig durch ihre Strenge und der Theorie von der exceptivischen Natur der delicta atrocissima huldigend, ist die Const. XVII. „Von den Mordbrennern, so die That nicht verbracht". „Wir vermerken, daß Etliche in Zweifel setzen, ob Diejenigen, welche Feuer angelegt, wenn dasselbige nicht angegangen wäre [2]), oder Schaden gethan hätte, für Mordbrenner zu achten, und mit dem Feuer gestraft werden möchten? Nachdem denn solche Missethat unter die größten und atrocissima

1) Vergl. Oben Th. I. S. 171. und Carpzov. Pract. rer. crim. XXXVII. Mit dieser Const. XIV. stimmt die Sachsen-Gothaische Landesordnung des Herzogs Ernst v. Jahre 1653. Pars. II. Cap. IV. Tit. 7 fast wörtlich überein. Auch waren die gegen die muthwilligen Befehder erlassenen Constitutionen zufolge der Erbvereinigung dem ganzen Hause Sachsen gemein.

2) Vergl. Carpzov. Qu. XXXVIII. No. 41., welcher auch erklärt, es genüge nach dieser Constitution, wenn das zum Brennen angelegte Material gebrannt habe, „licet ipsae aedes nondum ardere coeperint".

delicta gerechnet, auch solch grausames und unmenschlich Vornehmen etliche Jahre sehr gemein geworden, und dann an der Mißhändler Willen diesfalls nicht gemangelt, so ordnen — Wir, daß obgesetzte Verbrecher nicht weniger als andere Mordbrenner mit dem Feuer vom Leben zum Tode gerichtet und gestraft werden sollen [1]). Desgleichen constituiren und setzen Wir auch, daß Diejenigen, welche sich mit Gelde oder in andere Wege zu Mord und Brennen bestellen und annehmen lassen, mit dem Schwert sollen gerichtet werden, wenn auch gleich darauf nichts Ferneres erfolgt." Diese letztere Bestimmung weicht offenbar von der gemeinrechtlichen Ansicht über die Bestrafung des Mandatars ab, scheint aber nicht auf das blos auf Tödtung gerichtete Mandat, sondern nur auf einen, Mord und Brand vereinigenden Auftrag bezogen werden zu können [2]). Da-

1) Diese Constitution nimmt also nicht die Vollendung des Verbrechens der Brandstiftung in dem von ihr bezeichneten Falle an, sondern stellt nur den Versuch der Vollendung an Strafbarkeit gleich. Sie redet ja ausdrücklich „von Mordbrennern, so die That nicht verbracht" (vollbracht). Dagegen sagt das außerordentlich strenge Mandat v. 16. Novbr. 1741. (Weiske Handb. der Sächsischen Strafgesetze S. 77.): „Und wie dieses Delictum vor ganz vollbracht zu halten, und mithin auf die nur bemerkte Strafe des Feuers zu erkennen, wenn die zum Brennen bequeme Materie angelegt und angezündet, obgleich die Gluth nicht ausgebrochen und das Gebäude, Holz, Getraide, Heu und Stroh nicht ergriffen, sondern das angelegte Feuer von selbst erloschen" etc.

2) Dafür ist auch Carpzov, welcher dieser Constitution nicht Qu. IV., sondern nur bei der Brandstiftung (Qu. XXXVIII. No. 51.) gedenkt. Von der Bestrafung des Anstifters zur Brandlegung handelt diese Constitution nicht, sondern erst das schon erwähnte Mandat v. 16. Novbr. 1741, welches unter No. 4. verfügt: „Mit eben dieser Strafe des Feuers sind auch diejenigen, so andere zum Feueranlegen verleitet,

gegen wird bei der Vergiftung der Weide in Const. XVIII. zur Verwirkung der im Sachsenspiegel B. II. Art. 13 für die Vergiftung überhaupt angeordneten Feuerstrafe ein darauf erfolgter Schade vorausgesetzt [1]).

§. 230.

Besonders beachtenswerth in mehrfacher Hinsicht ist hiernächst das Landrecht des Herzogthums Preußen, eine auf Antrag, unter Mitwirkung und ausdrücklichem Consens der Stände verfaßte, vorzüglich auf die gemeinen beschriebenen, sowie die Culmischen und Sächsischen Rechte gegründete ausführliche Gesetzgebung, welche vom Churfürsten Johann Sigismund im Jahre 1620 publicirt wurde [2]), und worin das sechste Buch von „Peinlichen Sachen und Fällen" handelt. Hervorzuheben ist zunächst daraus die Bestimmung des Tit. V. Art. 1. §. 14., worin bei Gelegenheit des Verbrechens der Tödtung, nach vorausgegangener Mißbilligung der Strenge des Römischen Rechts, die allgemeine Verordnung des Art. 178 der P. G. O. aufgenommen ist. „Es hassen, heißt es hier, die Kayserrechte die Todtschläger dermassen,

oder die um Geld und Gewinnstes willen dergleichen auszuüben unternommen, wenn das Delictum, so viel an ihnen, wirklich vollbracht (d. h. das Material angezündet worden war), unnachbleibend zu bestrafen. Wäre aber das Anlegen in der That nicht erfolgt, so sollen selbige mit nur bemerkter Pön zwar verschont beide aber mit dem Schwerte gerichtet werden".

1) Carpzov Qu. XXI. No. 26—30.

2) Gedruckt zu Rostock 1620 in fol. Insbesondere ist darin auch die P. G. O. oft wörtlich aufgenommen, erläutert und mit nähern Bestimmungen vermehrt. Für die Erklärung der P. G. O. könnte es oft mit Nutzen gebraucht werden. Bemerkenswerth ist z. B., daß Tit. IV. Art. 3 die juramenta suppletoria und judicialia ausdrücklich von dem Begriffe des eigentlichen Meineids ausgenommen werden.

daß sie auch den fürgesetzten willen des Todschlags ebenso wol, als den Todschlag selbst, zum hefftigsten straffen, wo anders solcher will, durch eusserliche indicia vnd anzeigung mag erscheinen vnd dargethan werden. Dieweil aber gemeiner brauch, gewohnheit vnd die tagliche erfahrung an gerichten vorgemelt strengigkeit vnd vnmessige Schärfe den fürgesetzten willen also zu straffen, alzuhart zu seyn erachtet, ist man vnter andern von obgedachten alten strengen Rechten etwas gewichen: Verordnen vnd wollen wir demnach, daß, „so sich jemand einer Missethat mit scheinlichen[1]) wercken, die zu vollnbringen derselben Missethat hülfflich[2]) seyn mögen, vnderstehet, vnd doch an vollbringung derselben Missethat durch andere mittel wider seinen willen verhindert würde: Da soll solcher blosser[3]) will vnd fürsatz, darauß etliche werck folgen, Peinlich gestrafft werden: Aber in einem fall harter dann in dem andern angesehen die gelegenheit vnd gestaldt der sachen"[4]). Von dieser Regel der geringern Strafbarkeit des Versuches kommen aber Ausnahmen vor, bei welchen wir das Sächsische Recht zur Grundlage genommen und die Sächsischen Constitutionen von 1572 meistens wörtlich recipirt finden, wie bei Bestrafung der auf Raub oder Fehde gerichteten Weglagerung[5]), des bedingten Ansagens einer Fehde, des

1) In der P. G. O. heißt es: „mit etlichen scheinlichen".
2) P. G. O.: „dienstlich".
3) P. G. O. „böser"; möglich wäre, daß im Landrechte „blosser" auf einem Druckfehler beruhete; doch giebt auch dieser Ausdruck einen guten Sinn.
4) Der auf den Rath der Rechtsverständigen verweisende Schluß der P. G. O. fehlt im Landrechte.
5) Tit. V. Art. 1. §. 6. Die früher (Tit. IV. Art. 7.) vorkommende Bestimmung über den Landzwang ist der peinl. Gerichtsordn. entlehnt; ebenso die Bestimmungen über Giftmord, Kindermord, Abtreibung und Aussetzung u. s. w. Bei der Abtreibung ist bemerkenswerth, daß der Tödtung der lebendigen

Fehdebrief-Schreibens, insbesondere aber auch bei der Brandstiftung (Tit. V. Art. 7. §. 2.). Bemerkenswerth und interessant für die Auffassung des Begriffes der Brandstiftung ist dabei die nähere Bestimmung des Art. 125 der P. G. O. durch Bezeichnung des Gegenstandes des Verbrechens [1]).

§. 231.

Es würde uns zu weit führen, wenn wir hier alle Deutschen Landesrechte durchgehen wollten. In vielen sucht man auch, wie gesagt, vergebens nach einer Bestätigung oder Abänderung der gemeinrechtlichen Ansichten über Bestrafung des Versuches, so interessant sie in Beziehung auf andere Gegenstände des Strafrechts und des Strafprocesses auch seyn mögen, wie z. B. die Landesordnung der fürstlichen Grafschaft Tyrol v. J. 1570, worin das 8te Buch die Malefizordnung enthält [2]). Indessen mag es doch vergönnt seyn, noch einiges mitzutheilen, was bei der

Leibesfrucht ausdrücklich der Fall entgegengesetzt wird, wenn die Abtreibung „noch unter der Hälfte nach der Empfängniß geschehen".

1) Das Landrecht sagt: „Constituiren, ordnen und wollen wir, daß ein jeder boßhafftiger vberwundener Brenner, der eines andern Hauß, Scheur, Speicher, Stall, Hütte, Schiff vnd andere dergleichen Gebew, oder auch einen hauffen Eingeärndt, neben dem Hause oder Stall liegend Getraide, mit Fewr anstecket vnd verbrennet: oder mit wissen vnnd willen Fewr darin leget, es sey gleich in einer Statt oder außerhalb auff dem Lande, solle mit dem Fewr vom Leben zum Todt gerichtet werden". Hätte der Art. 125 der P. G. O. so bestimmt gelautet, so würde wohl kaum haben die Behauptung aufgestellt werden können, daß Lebensgefahr durchaus nothwendig zum Begriffe der Brandstiftung sey. Soviel ist übrigens offenbar, daß das Landrecht den Art. 125 aus dem römischen Rechte ergänzt.

2) Wahrscheinlich eine Erneuerung der Halsgerichtsordn. vom Kayser Max v. 1499, die mir aber nicht zur Vergleichung zu Gebote steht.

Durchsicht einer großen Zahl von Landesordnungen gerade für unseren Zweck als interessant erschien. Die überall hervortretende große Uebereinstimmung der Landesrechte liefert einen Beweis, daß theils die früheren den spätern immer zum Muster gedient haben, theils daß sie eine gemeinschaftliche Grundlage hatten, welche entweder ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt wurde. So wird z. B. selbst die communis doctorum opinio in manchen ausdrücklich als Entscheidungsquelle anerkannt.

§. 232.

Das Hadelsche Landrecht u. Gerichtsordnung v. 1583[1]), (Fünfter Theil. Von peinlichen Fällen), liefert zunächst im Tit. 2 wieder eine Bestätigung der oben vorgetragenen Ansicht über das Verhältniß der Landesordnungen zur peinlichen Gerichtsordnung in Beziehung auf allgemeinere strafrechtliche Grundsätze. Sie unterläßt es, die zur Tortur genügenden Anzeigen aufzuzählen, mit der ausdrücklichen Bemerkung, „davon lese man Kaiser Karl V und des heil. Römischen Reichs peinliche Gerichtsordnung, dahin man sich auch in peinlichen Fällen referiren thut". In der Bedrohung einzelner Verbrechen stimmt sie meistens mit der P. G. O. überein, ist zwar häufig kürzer, zuweilen in der Begriffsbestimmung jedoch auch genauer[2]), und

1) Bei Spangenberg Corpus Privilegior. et Constitutionum Terrae Hadeleriae. S. 53 ff. (als 3te Abtheil. des vierten Theils der Hannoverschen Verordnungssammlung) Hann. 1823. Einer älteren peinlichen Halsgerichts-Ordnung vom Herzog Franz von Lauenburg vom Dienstag nach Judica 1573 wird ebendas. S. 42 gedacht, unter Beziehung auf Bilkaus Hadeleriologia. Hamb. 1722.

2) z. B. Tit. 5. Von Mordbrennern. „Welcher mit Vorsatz des andern Haus oder Hof ansticket, oder in sein Korn, das im Berge liegt, Feuer legt, der soll mit Feuer vom Leben zum Tode gerichtet werden". Hiernach scheint das blose Feuerlegen zur Verwirkung der Strafe zu genügen.

ändert bisweilen die Strafe[1]. Die Bestimmung über den Giftmord (Tit. 15.) ist schon oben erwähnt. Ueber die Bestrafung des Versuches ist sonst nichts daraus zu entnehmen. — Wenden wir uns jetzt nach Süddeutschland hin, so wird in derselben die P. G. O. erläuternden und ergänzenden Weise mehrfach und ausdrücklich auf die Reichsgesetzgebung verwiesen im Baierischen[2]) Malefiz-Proceß von 1616. Tit. XII.[3]). Merkwürdig ist darin insbesondere die Erläuterung des Art. 130 der P. G. O. und die Bestimmung über den Versuch der Vergiftung. Es heißt darin Tit. VIII. Art. 4. (unter der Ueberschrift, Von dem, der einem andern Gifft gibt, doch der Tod oder große Leibsbeschädigung nit erfolgt): „Obwohl im 130 Art. der Kaiserl. P. G. O. von der Straff deren, die jemandt mit Gifft an Leib oder Leben beschädigen, ordnung geschicht, so würdet doch nit vermeldet, wann einer dem andern Gifft hette eingeben, doch demselben durch Artznei geholffen, oder sonsten das Gifft ohne sonderen Schaden von jme kommen, wie derselb zu straffen seye, Vnd wiewol die Rechtslehrer dißfalls nicht ainig, so soll doch ein solcher, der dem andern ein recht Gifft, nicht nur zuberait, sondern auch wircklich in seinen Leib gebracht hat,

1) z. B. Kirchenraub ist mit dem Rade, Ehebruch mit 60 Mark bedroht.

2) Die ältere Reformation des bayerischen Landrechts von 1518, welche wieder eine Umarbeitung des Landrechts Kaiser's Ludwig des Bayern von 1346 ist, befolgt noch das System der ältern Volksrechte. Die Wunden werden nach ihrer verschiedenen Beschaffenheit gebüßt, doch ist auch (im Tit. XVI. Art. 5. 6.) „das Waffenzucken ohne Schaden", insbesondere auch das Schwertzucken vor Gericht, die Heimsuchung eines Andern in seinem Hause mit gewaffneter Hand, welche nach unsern Rechtsansichten, mit Rücksicht auf den Dolus des Thäters, unter den Begriff des Versuches würden zu subsumiren seyn, einer Buße unterworfen.

3) Unter dem Titel: Landrecht, Polizey, Gerichts-Malefiz und andere Ordnungen der Fürstenthumben Obern- und Nidern-Bayrn gedr. in fol. München 1616.

wie das beschehen, mit dem Schwerdt vom Leben zum Todt gericht werden". Das Gesetz versteht mithin allerdings den Art. 130 der P. G. O. dahin, daß auch die blose Beschädigung am Leibe der ordentlichen Strafe des Rades unterliege, bestimmt indeß für den ohne nachtheilige Folgen gebliebenen Versuch nur die einfache Todesstrafe. Bemerkenswerth sind die Ausdrücke „ein recht Gifft", die jedenfalls den Beweis liefern, daß das Gesetz die Darreichung eines vermeintlichen Giftes nicht unter seiner Disposition begreife.

§. 233.

Einige Beispiele von Bestrafung von Versuchshandlungen mit dem Tode enthalten auch die Pfälzischen Landrechte, die übrigens in ihrem strafrechtlichen Theil auch die peinliche Gerichtsordnung zur Grundlage haben, ohne die allgemeinen Bestimmungen derselben z. B. über die Bestrafung des Versuches zu recipiren. So verordnet das ältere Churpfälzische Landrecht von 1582 [1]), daß wenn sich Jemand um Geld, oder auf andere Weise Feuer einzulegen habe bestellen lassen, und darauf Feuer eingelegt habe, obschon dasselbe nicht angegangen, sondern unterdrückt worden wäre, „sintemal ein solcher an seinem boshafftigen Willen nichts erwinden lassen", mit der Todesstrafe belegt werden solle. Bemerkenswerth ist auch die Bestätigung der zur communis opinio gewordenen Theorie, daß man hinsichtlich der Bestrafung des Anstifters unterscheiden müsse, ob der Thäter auch ohne dieß das Verbrechen begangen haben würde oder nicht. Das Pfälzische Landrecht sagt darüber [2]): „Wir lassen es dißfalls bey gemeiner der Rechtsgelehrten Meynung verbleiben, wo nemlich ein Todtschläger den begangenen Todtschlag auch ohne ge-

1) Gedr. zu Heidelberg in dems. Jahre. fol. Vergl. Th. V. die Malefizordnung enthaltend. Tit. XLIV.

2) Th. V. Tit. XXIII.

gebnen Raht vnd Verhetzung würde begangen haben, daß alßdann der Rahtgeber, vnd Anhetzer, nach Gelegenheit am Leib, mit Gelt oder sonsten gestrafft werde, Wo fern aber ein Todtschläger, wann er nicht darzu verhetzt den Todtschlag nicht begangen haben würde, so soll der Anhetzer vnd Rahtgeber, gleich wie der Thäter selbst gestrafft werden [1])". Bemerkenswerth ist ferner die Bestimmung der neuen peinlichen Land-Gerichts-Ordnung in Oesterreich unter der Ens [2]), welche sich auf die Bestrafung des Versuches der Tödtung bezieht. „Wann jemandt", sagt sie, „einen bösen Vorsatz hat, einen vmb das Leben zu bringen, daran aber durch andere verhindert wirdt, der solle mit einer extraordinari Straff belegt: Da aber einer auß bösem lang bedachtem Vorsatz, jemandten fürgewartet, denselben würcklich angegriffen, vnd seinerseits an verbringung der Mordthat nichts hätte erwinden lassen; obgleich der Todt deß angegriffenen hierauff nicht erfolgt, der solle nichts desto weniger mit dem Schwerdt,

1) Uebereinstimmend ist „des Churfürstl. Bayerschen Fürstenthums der Obernpfaltz Malefiz-Proceß, in Mich. Münchmeyer, Compendium des Ober-Pfältzischen Landrechts. Sultzbach 1689. 4. Tit. X. Art. 8. Von Tit. IX. an handelt er „Von Bestraffung verschiedener Uebelthaten".

2) Der Röm. Kayserl.-Majestät Ferdinandi deß Dritten etc. Newe peinliche Landtgerichts-Ordnung in Oesterreich vnter der Ennß. Wien 1678. Th. II. Art. 62. §. 12. Diese schon viel selbstständigere Gesetzgebung scheint der Constitutio crim. Theresiana, welche unten noch erwähnt werden wird, vielfach zur Grundlage gedient zu haben. Sie hat schon mehrfach allgemeinere Bestimmungen, wie z. B. von den die Missethat beschwerenden und mildernden Umständen, und giebt bei jedem einzelnen Verbrechen 1) Begriff und Strafe, 2) Anzeigen a. zum Nachforschen b. zum Gefängniß c. zur peinlichen Frage an, schreibt 3) dem Richter die dafür nothwendigen Fragstücke vor, und zählt 4) die „Linderungs-Umbstände und die Beschwärende Umbstände" des einzelnen Verbrechens auf.

von dem Leben zum Todt hingerichtet werden". Dieses Gesetz unterscheidet also sehr deutlich der Sache nach zwischem beendigtem und noch nicht beendigtem Versuche und unterwirft den erstern der Schwertstrafe, welche die poena ordinaria absichtlicher Tödtung ist. Doch kann auch diese Strafe des Versuchs milder als die des vollendeten Verbrechens seyn, wenn nämlich das Letztere nach §. 10 u. 11 a. a. O. wegen Concurrenz eines beschwerenden Umstandes der Strafe des Rads, des Viertheilens oder einer äußerlich geschärften Todesstrafe unterliegen würde. Ferner sagt dieselbe peinliche Landgerichts-Ordnung [1]) in Beziehung auf die Strafe des Parricidiums bei den dasselbe mildernden Umständen: „Wann die That nit gar vollbracht, so ist wol zu erwegen, ob der Thäter wider seinen Willen verhindert, oder freywillig nachgelassen, ob er nahe zu der That kommen, oder nicht? Item, ob großer vnwiderbringlicher Schaden darauß entsprungen: vnd nach befundt der Sachen, dergleichen Thäter mit zeitlich: oder ewiger Landtgerichtsverweisung, sambt einen halben, oder gantzen Schilling: Item, abhawung der Handt, vnd nach schwäre der Vmbständt gar wol mit dem Schwerdt zu bestraffen" [2]). Es ist dieß ohne

1) Art. 65. §. 7.

2) Auf ähnliche Weise wird auch bei vielen andern Verbrechen über die Bestrafung des Versuches ausdrücklich disponirt und der s. g. beendigte Versuch z. B. beim Assassinium Art. 70. §. 8. beim Latrocinium Art. 71. §. 4. beim Beneficium Art. 72. §. 7. der Schwertstrafe, der nicht beendigte aber einer arbiträren Bestrafung unterworfen. Man vergl. auch die Bestimmungen über Abtreibung der Leibesfrucht im Art. 67., wo unter den mildernden Umständen vorkömmt: „wann die gebrauchte Artzney zur Abtreibung untauglich, vnd hierzue kein genugsame Krafft vnd Würckung in sich hatte", oder „wann die abgetriebene Frucht wider die Menschliche Gestallt vnd Aigenschafft gewesen", Fälle, die nach dem Gesetze auch einer blos geistlichen Buße unterliegen können.

Zweifel ein trefflicher Commentar zur peinl. Gerichtsordnung des Reichs Art. 178, in Beziehung auf einzelne Verbrechen. Die dem Versuche eigenthümlichen in der gemeinrechtlichen Theorie entwickelten Strafzumessungsgründe werden hier sehr gut zusammengestellt. Zugleich scheinen sie aber auch schon die in den spätern österreichischen Gesetzgebungen von Maria Theresia, Joseph II. und Franz II. hervortretende Ansicht zu enthalten, daß der Versuch der Missethat, der schon zur Ausführung des Verbrechens gediehen, das Verbrechen selbst sey und nur als Milderungsgrund in Betracht komme [1]). Die Benutzung unserer P. G. O. ist übrigens in vielen Artikeln unverkennbar.

§. 234.

Zum Schluß machen wir noch auf eine bisher auch noch gar nicht beachtete peinliche Gerichtsordnung aus der 2ten Hälfte des 16 Jahrhunderts aufmerksam. Wir meinen nämlich die vom Erzherzog Carl erlassene, Landt- vnd peinliche Gerichtsordnung des löblichen Fürstenthumbs Steyer, Im MDLXXIV. Jahr verbessert, erleutert, verglichen (mit den Ständen?) vnd auffgericht" [2]). Sie besteht aus drei Theilen, wovon die beiden ersten von peinlichen Fällen handeln und gänzlich die peinliche Gerichtsordnung Kaisers Carl V. zur Grundlage haben, jedoch mit einigen zum Theil durch die besondern Verhältnisse im Fürstenthum Steyer herbeigeführten Modificationen und Zusätzen. Die Ordnung des ersten Theiles ist ganz die der P. G. O. Die Art. 1—70 entsprechen der

1) Ausdrücklich wird „der nicht vollbrachten That" in dieser Weise gedacht bei der Sodomie, Art 73. §. 7. bei der Nothzucht, Art. 75. § 7. Bigamie Art. 77. §. 8. Brandstiftung, Art. 83. §. 7. Diebstahl mit Einbruch, Art. 84. §. 7. Münzfälschung, Art. 87. §. 10.

2) Gedr. zu Grätz 1638. fol.

P. G. O. Art. 1—103 insbesondere was die Indizien und die Anwendung der Tortur, Verurtheilung auf blose Anzeigen u. s. w. betrifft. Ausführlicher ist aber das Gesetz bei den Bestimmungen über den Inquisitions-Proceß. Mit dem Art. 71 (Von unbenannten peinlichen Fällen und Strafen. P. G. O. Art. 104.) beginnen die Verordnungen über die Bestrafung der Verbrechen und gehen fort bis zu dem, dem Art. 180 der P. G. O. entsprechenden Art. 135 über Bestrafung des den Gefangenen loslassenden Gefangenwärters. Diese Artikel sind fast sämmtlich ganz wörtlich aus unserer P. G. O. entnommen und eine genauere Vergleichung derselben mit der P. G. O. des Reichs würde vielleicht noch manche Beiträge insbesondere für die Kritik des Textes liefern[1]). Wir müssen uns hier auf den auch ganz der P. G. O. entnommenen von der Strafe des Versuches handelnden Art. 133 beschränken. Schon die Ueberschrift des Artikels hat einen auffallenden Zusatz. Sie lautet: „Straff vnderstandner Missethat, auß schendlichen Wercken". Im Anfange des Artikels heißt es dann: „Item so sich jemand einer Missethat mit vnehrlichen schendlichen Wercken, die zu vollbringung derselben Missethat dienstlich seyn mögen" u. s. w. Das Uebrige stimmt ganz mit dem Art. 178 der P. G. O. überein. Mit Beziehung auf Th. I. §. 20, wo der abweichenden Lesart „ehrlich scheinende Werke", welche von Kress in Schutz genommen worden ist, gedacht wurde, ließe sich vielleicht die Abweichung der Steyerschen Land-

1) Ueberhaupt muß darauf aufmerksam gemacht werden, wie wünschenswerth für eine kritische Ausgabe der P. G. O. eine genaue Vergleichung der P. G. O. mit den Landesordnungen wäre, welche sie zur Grundlage haben. Dafür ist fast noch nichts geschehen, auch nicht in der so verdienstlichen Arbeit von Reinh. Schmid, abgesehen natürlich von der Vergleichung mit der Mater et soror Carolinae. — Eine andere bemerkenswerthe Abweichung im Preußischen Landrechte v. 1620 s. oben. S. 193.

gerichts-Ordnung so erklären, daß der Verfasser derselben eine Ausgabe der P. G. O. mit der Lesart „ehrlich scheinende Werke" vor sich hatte, dieß für sinnlos hielt und deshalb dieselben in „unehrliche schändliche Werke" verwandelte.

Fünfte Abtheilung.

Bestimmungen der neuern Gesetzgebungen seit der Mitte des achtzehnten Jahrhunderts.

§. 235.

Einleitung.

In der Geschichte der peinlichen Gesetzgebung Deutschlands werden zwar die in den funfziger und sechziger Jahren des vorigen Jahrhunderts in Bayern und Oesterreich erschienenen Criminal-Legislationen als die ersten Versuche zur Errichtung von vollständigern und umfassenden Criminal-Gesetzbüchern bezeichnet, allein diese Legislationen gehören hinsichtlich des in ihnen waltenden Geistes offenbar der ältern Periode an, in welcher das Prinzip der Abschreckung oder des „abscheulichen Exempels" noch einen durchaus überwiegenden Einfluß ausübte. Ja selbst in dem strafrechtlichen Theile des Preußischen Landrechts ist noch kein wahrer Fortschritt in der Criminal-Gesetzgebung ersichtlich, und die demselben überhaupt zur Last fallende Casuistik hat auch in Beziehung auf Verbrechen und Strafen zu einer Mehrzahl unbrauchbarer und überdieß lediglich auf Abschreckung berechneter Bestimmungen hingeführt. Ein ganz anderes Gepräge tragen dagegen die Gesetzbücher Oesterreichs und Bayerns aus diesem Jahrhundert und die neuesten Erscheinungen auf dem Gebiete der Criminal-Gesetzgebung an sich, was auch Derjenige zugestehen wird, der die gewiß großen, aus der Sucht nach ab-

soluter Bestimmtheit der Strafen hervorgegangenen Mängel und die zum Theil empörenden Härten des Bayerschen Strafgesetzbuches von 1813 nicht verkennt. Bei der Musterung der legislativen Producte seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts für unsern speciellen Zweck werden wir uns indeß auf die wirklich zu Stande gekommenen Gesetzbücher und einige der neuesten Entwürfe beschränken, jedoch nicht vergessen auch einen Blick auf einige ausländische Legislationen zu werfen.

§. 236.

Der Codex juris bavarici criminalis.

In dem Codex juris bavarici criminalis v. 1751, welcher noch vielfach von den Irrthümern und der Barbarei früherer Zeiten durchdrungen ist [1]) und auch hinsichtlich der Vollständigkeit vielleicht selbst von manchen Vorgängern übertroffen wird, ist auffallender Weise, obgleich das Gesetz schon (im ersten Kapitel) einen s. g. allgemeinen Theil vorausschickt, über die Bestrafung des Versuches überhaupt Nichts verfügt, und in der Regel auch Nichts bei den einzelnen Verbrechen darüber bestimmt, mit Ausnahme des

1) Man lese z. B. das 7te Kapit. welches noch ganz ernstlich die Zauberei und Hexerei, insbesondere „offentlich oder heimliche Bündnuß oder fleischliche Vermischung mit dem Teufel oder dessen Anbetung" mit dem Feuertode bestraft. Doch ist dabei die den Richtern gegebene Ermahnung zu beachten, „nicht alles, was dem menschlichen Verstande unergründlich scheint, gleich für Hexenwerk und Aberglauben anzusehen, auch den gerichtlichen Aussagen der Hexen nicht so leicht Glauben beizumessen, weil Alles auf starker Einbildung, oder Impostur beruhen könne". — Gut ist die Darstellung der Milderungs- u. Schärfungsgründe im ersten Kapitel, wo Manches gesetzlich sanctionirt ist, was im gemeinen Rechte die Wissenschaft erst viel später mit Mühe hat erkämpfen müssen. Vergl. aber auch in dieser Hinsicht die vorhin §. 233. angeführte Oesterreichische peinl. Gerichtsordnung.

Hochverraths, wobei (Kap. 8. §. 2.) für die nicht vollbrachte That eine gelindere Todesstrafe als für das vollendete Verbrechen angeordnet wird, und der Brandstiftung, (Kap. 8. §. 8.) wobei den Thäter, wenn das angelegte Feuer keinen Schaden angerichtet hat, nicht die Feuerstrafe, sondern nur das Schwert, und „wenn er selbst aus Reu die Brunst in Zeiten wiederum abgewendet und allen Schaden verhütet hätte", nur eine arbiträre Strafe treffen soll. Auch ergiebt sich aus andern Aeußerungen, daß das Gesetz z. B. den Versuch absichtlicher Tödtung nicht als straflos betrachte, indem in Beziehung auf Real-Injurien (Kap. 8. §. 9.) gesagt wird, dieselben seyen um so mehr peinlich zu strafen, „wann sie in das crimen — attentati homicidii — einschlügen".

§. 237.

Die Constitutio criminalis Theresiana.

In dem Gesetzbuche der Kaiserin Marie Theresie[1]) von 1768, ohne Zweifel der umfassendsten Straf-Gesetzgebung vor dem, eine völlige Reform des Criminalwesens beginnenden letzten Viertel des vorigen Jahrhunderts, wird im Dreizehnten Artikel von der Frage gehandelt, „ob und wie der Versuch der That zu bestraffen seye"? Dabei wird zunächst (im §. 1.) die Bemerkung wiederholt, daß nur äußerliche Handlungen, nicht Gedanken strafbar seyen, und (im §. 2) der Begriff des Versuches (der Bemüh-Bestreb- oder Anmassung einer Missethat) als vorhanden angenommen, wenn Jemand durch äußerliche Zeichen, oder Werk sich derselben unterziehe, solche aber entweder durch

1) Constitutio criminalis Theresiana oder der Römisch-Kaiserl. etc. Majestät Mariä Theresiä, Erzherzogin zu Oesterreich etc. peinliche Gerichtsordnung. Wien 1769. Fol. Auch sie handelt noch ziemlich ernstlich im Art. 58 von Zauberei und Hexerei, freilich mit großen Beschränkungen und mit der Einsicht, daß meistens Sinnentäuschung oder Betrug zu Grunde liege.

eigene Reu, oder Ohnvermögenheit oder aus fremder Behinderung nicht vollbracht worden". Hierauf wird (§. 3.) zwischen conatus remotus, propinquus und proximus unterschieden und für die Bestrafung des bei den einzelnen Verbrechen nicht besonders bedrohten, und nicht durch die Reue des Thäters unterbrochenen Versuches (§. 7.) die Regel aufgestellt [1]), daß die Thatbehinderung einen mildernden Umstand in Absicht auf die ordentliche Strafe bilde, wobei der Richter aber immer darauf Bedacht nehmen müsse, „ob es ein schweres oder geringeres Verbrechen sey, ob die Anmaßung noch entfernt oder blos vorbereitlich; oder schon nahe und zubereitet, oder wohl gar am allernächsten und schon werkthätig gewesen seye". Hiernach müsse von ihm die Strafe zugemessen werden. Doch würden hiervon ausgenommen (§. 8.) die überschweren Verbrechen (delicta atrocissima), in Ansehung welcher das Unternehmen und die werkthätige Anmaßung, „wenn nämlich der Unternehmer schon Hand angeleget, und an Bewerkstelligung der That seines Orts nichts erwinden lassen", der wirklich vollbrachten That gleich zu halten und mit der ordentlichen Strafe zu belegen sey. Eine solche Gleichstellung des Versuches mit der Vollendung findet sich dann bei dem Hochverrath (Art. 61. §. 8.) und bei dem qualificirten Mord. (Art. 83. §. 13.).

§. 238.

Das Preußische Landrecht.

Das Preußische Landrecht beginnt seine Bestimmungen über „unternommene und ausgeführte Verbrechen" mit der Verordnung, daß die ordentliche Strafe eines vorsätzlichen Verbrechens nur Denjenigen treffe, welcher das-

2) Vergl. hiermit die Oesterreichische peinl. Gerichtsordnung von 1678. Oben §. 233. Die große Uebereinstimmung in Anordnung und Ausdruck ist unverkennbar.

selbe ausgeführt habe [1]). Es unterscheidet dann der Sache nach den beendigten [2]) von dem noch nicht beendigten Versuche und unterwirft jenen der der ordentlichen am nächsten kommenden Strafe (§. 40) und der nächsten Strafe nach dieser Denjenigen, welcher durch einen blosen Zufall an der letzten zur Ausführung des Verbrechens erforderlichen Handlung gehindert wurde (§. 41.). Bei den durch Zufall unterbrochenen vorläufigen Anstalten zu der strafbaren Handlung soll die böse Absicht nach Verhältniß des Fortschrittes zur wirklichen Vollziehung geahndet werden (§. 42.). Bei einigen Verbrechen finden sich dann auch wieder besondere Bestimmungen über die Bestrafung des Versuches [3]), ohne gerade als solche bezeichnet zu werden; so beim Todtschlag, wobei nach §. 806 die Vollendung mit dem Schwerte, der Versuch aber, wenn „die vorsetzlich zugefügte Verletzung an sich tödtlich war", das Leben aber doch erhalten worden ist, nach §. 817. mit zehnjähriger bis lebenswieriger Festungsstrafe geahndet werden soll, eine Bestimmung, die in einem auffallenden Mißverhältniß mit §. 816 zu stehen scheint, wonach den, nur durch eine mittelbar tödtliche Verletzung vollendeten Todtschlag blos sechs- bis zehnjährige Festungsstrafe treffen

1) Preuß. Landr. Th. II. Tit. 20. §. 39.

2) „Hat der Thäter" sagt der §. 40. „zur Vollziehung des Verbrechens von seiner Seite Alles gethan; die zum Wesen der strafbaren Handlung erforderliche Wirkung aber ist durch einen blosen Zufall verhindert worden: so hat er diejenige Strafe, welche der ordentlichen am nächsten kommt, verwirkt".

3) Keinen Unterschied zwischen Versuch und Vollendung scheint das Preuß. Landrecht beim Verbrechen des Hochverräths im §. 91 ff. zu statuiren, obgleich die Strafe (vielleicht aber nur die Todesstrafe) nach §. 93 nach Verhältniß der Bosheit und des angerichteten Schadens eine verschiedene seyn soll. Vergl. Hitzigs Annalen fortges. v. Demme Bd. I. S. 25 ff. Anmerk. des Herausgebers.

soll. Dagegen soll für den Versuch des Mordes nach §. 828, wenn er mit einer tödtlichen Verletzung verbunden ist, lebenswierige Festungsstrafe mit Staupenschlag eintreten, für den durch eine mittelbar tödtliche Verletzung vollendeten Mord aber die Schwertstrafe, wonach also derselbe Fall beim Morde ganz anders behandelt ist als beim Todtschlag. Auch harmonirt diese Bestimmung nicht mit der allgemeinen Anordnung des §. 40, indem man zum Begriff eines beendigten Mordversuches nicht die Bewirkung einer tödtlichen Verletzung fordern kann, und nach §. 40 schon für ohne Erfolg gebliebenen beendigten Versuch die der ordentlichen am nächsten kommende Strafe eintreten müßte. Bei den meisten Verbrechen ist aber nicht besonders von der Strafe des Versuches die Rede. Eine Ausnahme macht indeß vorzüglich das Verbrechen der Brandstiftung im §. 1529 ff. wobei sich wieder eine große Abweichung von dem Prinzipe des §. 40 findet. Denn nach §. 1530 soll, im Falle der angelegte Brand gar nicht gezündet hat, (also für den beendigten Versuch) nur drei- bis fünfjährige Zuchthausstrafe Statt finden.

§. 239.

Das Oesterreichische Gesetzbuch über Verbrechen.

Abweichend von allen übrigen deutschen Legislationen, wenigstens hinsichtlich des Ausdruckes, bestimmt das Oesterreichische Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizei-Uebertretungen von 1803 (I. §. 7.): „schon der Versuch einer Uebelthat sey das Verbrechen, sobald der Bösgesinnte eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung unternommen habe", rechnet aber (I. §. 40.) zu den Milderungs-Umständen[1]) in Rücksicht auf die Beschaffenheit der That, wenn es bei dem Versuche geblieben sey,

1) Ebenso bei den schweren Polizei-Uebertretungen II. §. 390, vergl. mit II. §. 6.

und bestimmt den Einfluß dieses Milderungsgrundes nach dem Maße, in welchem der Versuch von der Vollbringung des Verbrechens entfernt gewesen sey. Diese Bestimmung des Oesterreichischen Gesetzbuches findet sich fast in derselben Weise schon im §. 9 des „Allgemeinen Gesetzes über Verbrechen und derselben Bestrafung" (publicirt unter Kaiser Joseph II. im Jahre 1787 [1])) und scheint selbst in den älteren Oesterreichischen Strafgesetzen ihre Grundlage zu haben, wie schon oben (§. 233) bemerkt worden ist. Offenbar sind in dieser auffallend kurzen Verfügung die Hauptsätze der gemeinrechtlichen Doctrin hinsichtlich der relativen Strafbarkeit des Versuches, — daß er weniger strafbar sey, als die Vollendung und daß das Maaß der Strafe sich nach der Entfernung von jener richte, — ausgedrückt und das

1) Das Gesetzbuch Kaisers Joseph II. sagt offenbar richtiger: „Schon der Versuch der Uebelthat ist ein Kriminalverbrechen", und weicht auch etwas in der Bezeichnung des Anfangspunktes der Strafbarkeit ab. — Nach § 4. des 2ten Theiles, welcher von politischen d. h. Polizei-Verbrechen handelt, ist dagegen der Versuch bei dieser Classe von Delicten als straflos zu betrachten. Im Josephinischen Strafcodex fehlt übrigens der allgemeine Ausspruch, daß der Versuch ein Milderungsgrund der ordentlichen Strafe sey, ebenso wie das ganze Kapitel von den Milderungsgründen. Dagegen sagt der §. 14, der Richter solle ein billiges Ebenmaaß zwischen dem Verbrechen und der Strafe beobachten und insbesondere von Seite des Verbrechens vorzüglich auf den Grad der bei der Uebelthat einschlagenden Bosheit, auf die Wichtigkeit der mit dem Verbrechen verknüpften Folgen und die Größe des daraus entspringenden Schadens u. s. w. Rücksicht nehmen. Hierin liegt offenbar auch das Anerkennen der geringern Strafbarkeit des Versuches. Dieß ergiebt sich auch aus den im §. 102. 103 über Bestrafung der Anstiftung zum Morde gemachten Bestimmungen, wobei hinsichtlich der Strafbarkeit unterschieden wird, ob die „Bestellung" noch nicht angenommen, oder noch kein Angriff erfolgt, oder wenigstens der Mord nicht vollführt war.

Oesterreichische Gesetz verstößt in so fern nicht geradezu gegen die allgemeinen Prinzipien der bürgerlichen Strafgerechtigkeit[1]), — allein billigen läßt sich die Ansicht auf keine Weise, daß der Versuch in der Eigenschaft eines Milderungsgrundes die Herabsetzung der ordentlichen Strafe bewirke, obwohl das Oesterreichische Gesetzbuch, nachdem es den Versuch für das Verbrechen selbst erklärt hat, jedenfalls mit mehr Recht den Versuch zu den Milderungsgründen zählt als die gemeinrechtlichen Juristen, welche doch nicht von der Behauptung ausgehen können, daß der Versuch das Verbrechen selbst sey. Offenbar kann diese Betrachtungsweise den Nachtheil mit sich führen, daß der Richter bei Bestimmung der Strafe zu wenig Gewicht auf den Mangel der Vollendung legen und vielleicht gar vom Angeschuldigten erwarten wird, daß er sich ausdrücklich auf diesen gesetzlichen Milderungsgrund beziehe[2]). Indessen zeigen doch die Aussprüche des Gesetzes über die Strafbarkeit des Versuches bei einzelnen bestimmten Verbrechen, daß es dem Mangel der Vollendung immer noch einen bedeutenden Einfluß auf Herabsetzung der Strafe zugestehe. Abgesehen nämlich vom Verbrechen des Hochverraths (I. §. 53.), bei welchem auf eine nicht zu billigende Weise auch der blose Versuch ganz allgemein der Todesstrafe unterworfen wird, soll bei der Verfälschung öffentlicher Creditpapiere (§. 96), welche in ihrer Vollen-

1) Eine weitere Entwickelung des §. 40 lit. a. des Österreich. Gesetzb. enthält Jenull das österreich. Criminalrecht Bd. I. S. 411 ff. Mehreres von dem hier Vorgetragenen gehört aber zur absoluten Strafbarkeit; insbesondere die Frage über den Anfangspunkt der Strafbarkeit. Die Ausführung über das Strafmaaß beginnt erst S. 419 ff., ohne Etwas zu gewähren, was besonders hervorgehoben zu werden verdiente.

2) Auch kann es wegen eines concurrirenden Schärfungsgrundes dahin kommen, daß die Milderung wegen Versuches dadurch aufgehoben wird. Vergl. Lelièvre de conatu delinq. p. 419.

dung mit dem Tode bedroht ist, der blose Versuch mit 10 bis 20jährigem, auch lebenslangem schweren Kerker bestraft werden; bei dem Morde, welcher als vollbracht ebenfalls der Todesstrafe unterliegt, für den Versuch eine fünf- bis zehnjährige Kerkerstrafe Statt finden. Ferner: die bewirkte Abtreibung der Leibesfrucht wird nach §. 129 mit ein- bis fünfjährigem, der blose Versuch nur mit sechsmonatlichem bis einjährigen Kerker bestraft. In andern Fällen ist zufolge der gegebenen Begriffsbestimmung fast gar kein, oder wenigstens kein naher, von dem vollständigen Verbrechen zu unterscheidender Versuch möglich, z. B. bei der Brandstiftung nach §. 147. Dessen ungeachtet wird die Strafe verschieden bestimmt, je nachdem das Feuer wirklich ausgebrochen ist oder nicht. In allen Fällen aber, wo das Gesetz nichts über die Bestrafung des Versuches bestimmt hat, wird die Regel des §. 47 zur Anwendung kommen müssen, „daß wegen Milderungs-Umständen weder die Art der Strafe noch die gesetzliche Dauer verändert werden könne; sondern die Strafzeit nur innerhalb des Raumes, den die Gesetze gestatten, zu verkürzen sey", in so fern nicht vielleicht ein Zusammentreffen mit andern Milderungsgründen eine außerordentliche Strafmilderung begründen sollte [1]).

§. 240.

Das Baierische Strafgesetzbuch von 1813.

Wenn man dem in vieler Hinsicht vortrefflichen und in der Geschichte der Criminalgesetzgebung Epoche machenden Baierischen Strafgesetzbuche von 1813 die Sucht, die Strafen absolut zu bestimmen, und die theils daraus hervorgehende, theils mit einer dem Prinzipe der Abschreckung huldigenden Consequenz zusammenhängende übertriebene Härte der Strafbestimmungen zum Vorwurf gemacht hat,

1) Jenull a. a. O. S. 468.

so kann es wohl kaum irgendwo mit mehr Fug und Recht geschehen, als bei seinen Bestimmungen über die Bestrafung des Versuches. Schon oben ist theils die weite Ausdehnung des Gebietes des strafbaren Versuches [1]), theils die, mancherlei Ausstellungen ausgesetzte Unterscheidung hinsichtlich der Grade oder Stufen des Versuches [2]) getadelt worden. Allein der größte Fehler liegt ohne Zweifel in der zu großen Strenge und absoluten Bestimmtheit der für den nächsten Versuch bestimmten Strafen. Zwar ist es nur zu billigen, daß das Prinzip von der geringern Strafbarkeit des Versuches im Verhältnisse zur Vollendung durchgängig anerkannt ist, und daß die Versuchsstrafe hinsichtlich ihrer Größe sich nach der Entfernung von der Vollendung richtet; bedauerlich ist es aber, daß der Gesetzgeber für den nächsten Versuch der mit dem Tode bedrohten Verbrechen unbedingt die Kettenstrafe und die abscheuliche Zuchthausstrafe auf unbestimmte Zeit festgesetzt hat [3]), ohne zu erwägen, daß nach der für den nächsten Versuch gegebenen Begriffsbestimmung derselbe gar manche im Voraus nicht zu berechnende Stufen in sich fassen kann, die dann alle von einer und derselben Strafe getroffen werden müssen. Nimmt man aber ferner dazu, was für Handlungen z. B. beim Hochverrath [4]) zum nächsten Versuche gerechnet werden, so wird man es freilich erklärlich finden, wie nach diesem Gesetzbuche Straferkenntnisse gefällt werden können, wie sie wirklich in neuerer Zeit zu Tage gefördert worden sind, bei welchen aber freilich die

1) Th. I.
2) Th. II. S. 45.
3) Baier. Strafgesetzb. Th. I. Art. 60.
4) Ebendas. Th. I. Art. 308. „Zu dem nächsten Versuche ist zu rechnen, wenn Jemand in einer öffentlich versammelten Volksmenge mündlich zu einem staatsverrätherischen Aufruhr aufgefordert hat, oder wenn diese Aufforderung durch Verbreitung schriftlicher, gedruckter oder ungedruckter, Aufsätze geschehen ist".

an Barbarei gränzende und alles Gerechtigkeits-Gefühl empörende Härte zum Theil auch der beklagenswerthen Geneigtheit der Gerichtshöfe zur Last fällt, Handlungen unter einen weitschichtigen Begriff zu subsumiren, die zwar scheinbar von den Worten des Gesetzes getroffen werden, aber in der That nicht darunter gehören.

Etwas mehr Spielraum, aber immer noch zu wenig, hat das Gesetz dem richterlichen Ermessen bei denjenigen Verbrechen gelassen, welche wir in ihrer Vollendung mit Kettenstrafe oder Zuchthaus auf unbestimmte Zeit oder mindestens auf 20 Jahre bedroht finden. Hier soll für den nächsten Versuch 10—15jährige Zuchthausstrafe Statt finden. Bei andern zeitlich begränzten Freiheitsstrafen soll von dem niedrigsten Grade der auf das vollendete Verbrechen oder Vergehen gesetzten Strafe der vierte Theil nachgelassen und allenfalls bis zur Hälfte, jedoch nicht weiter, herabgesetzt werden[1]). — Für den entfernten Versuch, d. h. denjenigen, welcher bei Vorbereitungen zur Haupthandlung stehen geblieben ist, werden folgende Strafen festgesetzt: 1) Wenn das vollendete Verbrechen mit Todesstrafe belegt ist, drei- bis fünfjähriges Arbeitshaus. 2) Wenn auf die Vollendung Ketten- oder Zuchthausstrafe gesetzt ist, mit Arbeitshaus auf ein Jahr bis zu drei Jahren. 3) Wenn

1) Ziemlich gleichlautend sind bis hierher die Bestimmungen des Baierischen Entwurfes v. 1822. Art. 48. Dagegen fehlen die den entfernten Versuch betreffenden Verfügungen, weil der Entwurf Anfang der Ausführung (Art. 46.) verlangt. Auch ist beim ersten Falle neben der Kettenstrafe noch 15—20jähriges Zuchthaus für mildernde Umstände zugelassen, und endlich ist auch noch der Vergehen gedacht, die als vollendete mit Dienstentsetzung und Infamie geahndet werden. — Auch enthält der Art. 47 die im Strafgesetzbuche nicht zu findende Bestimmung, daß der Anstifter bei nicht vollzogenem Verbrechen wegen Versuches bestraft werden solle. — Von Graden oder einem Maaßstabe für die Strafbarkeit der Versuchshandlungen ist keine Rede.

bei der Vollendung die Strafe des Arbeitshauses eintritt, achttägiges bis dreimonatliches Gefängniß. 4) Wenn Gefängniß auf der Vollendung steht, so soll der entfernte Versuch mit öffentlichem Verweise geahndet werden. Hieraus ergiebt sich, daß zwischen der Strafe des entfernten Versuches und der Strafe des nächsten Attentats bei dem nämlichen Verbrechen, gleichsam als wäre zwischen beiden eine große Kluft, die der Verbrecher mit einem Male überspringen müßte, in der Strafscala sich eine große Unterbrechung findet. Dieß ist durchaus verwerflich und muß nothwendig in vielen Fällen eine unverhältnißmäßig harte Bestrafung herbeiführen. Ueberhaupt liegt der Fehler des Baierischen Strafgesetzbuches nicht darin, daß ein zu hohes Strafquantum für den Versuch angesetzt wäre, da ja die Todesstrafe der allgemeinen Regel nach völlig ausgeschlossen ist, als vielmehr darin, daß dem richterlichen Arbitrium hinsichtlich der Zumessung der Strafe nach Verhältniß der Strafbarkeit in concreto nicht Spielraum genug gelassen ist. Uebrigens enthält das Strafgesetzbuch I. Art. 150 doch auch einen Fall, wo der ohne nachtheilige Folgen gebliebene Versuch der Todesstrafe unterworfen wird, nämlich im Falle der Vergiftung von Brunnen und dergleichen. Auch kann man die Artikel über den Hochverrath in so fern hierher rechnen, als mehrere mit dem Tode bedrohte Fälle nach richtigen Grundsätzen nur als Versuche des Hochverraths zu betrachten sind [1]). Endlich ist noch zu gedenken der den s. g.

1) Vergl. übrigens die Anmerkungen zum Strafgesetzb. für das Königr. Baiern. Th. I. S. 184, die bei der ziemlich kurz abgefertigten Erörterung der Art. 60 ff. nichts Bemerkenswerthes darbieten. Auf die Mängel der Baierischen Gesetzgebung macht zum Theil auch schon aufmerksam Lelièvre, de conatu delinq. p. 428. 429. Uebergegangen sind die Bestimmungen des Baierischen Strafgesetzbuches in das Oldenburgische Strafgesetzb. v. 1814. I. Art. 45 ff.

qualificirten Versuch betreffenden Bestimmung des Art. 63, wonach die bestimmten Strafen des Versuches auch dann, aber mit Schärfung, anzuwenden sind, wenn der Versuch selbst schon ein vollendetes Verbrechen enthält, es müßte denn die Strafe des letzteren die härtere seyn, in welchem Falle diese nebst Schärfung zur Anwendung kommen soll [1]).

§. 241.

Das neue Sächsische Criminalgesetzbuch.

Durch das in mehrfacher Hinsicht eine rühmliche Auszeichnung verdienende, aber auch manchem wohlbegründeten Tadel zu unterwerfende Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen, welches mit dem 5 Mai 1838 in Wirksamkeit getreten ist, sind die oben (§. 228.) angeführten, den Versuch betreffenden Bestimmungen des frühern Sächsischen Rechts, da sie zu keiner der in dem Publications-Patente vom 30 März 1838 aufgestellten Ausnahmen gehören, als aufgehoben zu betrachten. Dieses Gesetzbuch stellt nämlich im Art. 25 den Grundsatz auf, daß auf die volle gesetzliche Strafe einer gesetzwidrigen Handlung nur dann zu erkennen sey, wenn diese Handlung völlig beendigt, und, im Fall ein bestimmter Erfolg zu den gesetzlichen Erfordernissen des Verbrechens gehört, auch dieser eingetreten ist. Diesem Grundsatze ist es auch bei Bestrafung des Hochverraths, welcher einen gewaltsamen Angriff auf die Art. 81 bezeichneten Gegenstände zu seiner Vollendung verlangt, treu geblieben. Denn für Vorbereitungshandlungen und für die Theilnahme an einer blosen Verschwörung ist Art. 83. 84. eine verhältnißmäßig geringere Strafe bestimmt. Auch ist die Strenge des älteren Rechts hinsichtlich der Bestrafung der Brandstiftung dadurch als abgeändert zu betrachten, daß der Art. 177

1) Dieß ist nicht so einseitig, wie der Oben S. 184. Not. 1. gerügte Satz in Feuerbachs Lehrb. des peinl. Rechts §. 111. Not. b.

das Verbrechen erst dann für vollendet erklärt, wenn der vom Verbrecher gebrauchte Brennstoff den Gegenstand, an welchem die Brandstiftung verübt werden soll, oder welcher geeignet ist, das Feuer dahin zu verbreiten, ergriffen hat. Die im Art. 27 enthaltenen allgemeinen Strafbestimmungen für den Versuch verdienen in so fern Billigung, als sie dem richterlichen Arbitrium einen weiten Spielraum verstatten. Auch werden die gegen die beliebte Feststellung eines Maximums der Versuchsstrafe zulässigen Einwendungen, jedoch nur bei Verbrechen, welche mit dem Tode bedroht sind, dadurch beseitigt, daß hier der Richter „bei besonders hoher Gefährlichkeit des Verbrechens" ausnahmsweise bis zur lebenslänglichen Zuchthausstrafe zu steigen ermächtigt wird. Nicht zu billigen ist es dagegen, daß 1) die dem Versuche eigenthümlichen Strafzumessungsgründe gar nicht angedeutet sind [1]); 2) daß der Versuch mit einem völlig untauglichen Mittel nicht eben so wie der Versuch an einem unmöglichen Gegenstande [2]) (Art. 27.) ausdrücklich auf eine viel niedrigere Stufe der Strafbarkeit gestellt worden ist, wenn man einmal durchaus in diesen Fällen strafen wollte; 3) daß der Versuch mit unzweckmäßig angewendeten oder unzureichenden Mitteln blos wegen der „hohen Gefährlichkeit des

1) Vergl. oben §. 168 a. E.

2) Die von der Staatsregierung gemachte Andeutung, „man habe die Fälle unterschieden, wo ein Object vorhanden sey, das verletzt werden könne, und wo ein solches fehle", kann die sehr verschiedene Strafbarkeit nicht rechtfertigen. In beiden Fällen fehlt es an einer objectiv gefährlichen Handlung. Auch ist dadurch nicht bestimmt, ob Strafbarkeit eintrete oder nicht, wenn der Mangel am Thatbestande nicht sowohl den Gegenstand des Verbrechens, sondern ein anderes wesentliches Requisit betrifft, z. B. Meineid vor einer vermeintlichen Obrigkeit. Auch der von Günther zu Art. 183 des Gesetzb. angeführte Fall paßt nicht unter Art. 27.

Verbrechens" zu den Fällen gerechnet wird, wo die höchste Versuchsstrafe Statt finden könne.

§. 242.

Die neuern deutschen Entwürfe.

Auch in den neuern deutschen Entwürfen zu Strafgesetzbüchern finden wir das Prinzip der geringern Strafbarkeit jedes Versuches und der Verschiedenheit der Strafe nach Verhältniß der Entfernung der Versuchshandlung von der Vollendung durchgängig anerkannt, während freilich das für die einzelnen Fälle festgesetzte Strafquantum bald höher, bald geringer, bald bestimmter, bald unbestimmter ist. Auf die meisten der neuern Entwürfe hat bekanntlich das Baierische Strafgesetzbuch einen mehr oder weniger überwiegenden Einfluß ausgeübt; doch hat man auch die Gefahren eines zu großen Gesetzes-Determinismus erkannt und dem Richter freiern Spielraum bei Bestimmung der Strafe gelassen. Dieß gilt namentlich von dem, hauptsächlich auf der Grundlage des Baierischen Strafgesetzbuches bearbeiteten Hannoverschen Entwurf von 1825 Art. 38—47. Der Entwurf erklärt Vorbereitungshandlungen mit Recht für straflos, unterscheidet zwischen beendigtem und nicht beendigtem Versuche[1]) und setzt für beide ein Maximum fest, welches bei jenem in der Regel in der Hälfte[2]), bei diesem blos in einem

1) Der revid. Entw. v. 1830. Art. 33—40 enthält einige Abänderungen. So verbindet er im Art. 33. die Unterscheidung zwischen beendigtem und nicht beendigtem Versuche passend sogleich mit dem Begriffe des Versuches und sagt ausdrücklich und mit Recht (vergl. oben §. 163.), daß diese Unterscheidung nur bei den Verbrechen vorkomme, zu deren Vollendung eine bestimmte Wirkung der Handlung erforderlich sey. Eine andere Abweichung s. in der folgenden Note.

2) Bei Verbrechen, welche mit dem Tode oder lebenslänglicher Freiheitsstrafe bedroht sind, soll überhaupt langjährige Karrenstrafe

Drittheil der Strafe des vollendeten Verbrechens bestehen soll. Diese Bestimmung ist gewiß viel zu gelinde, und wird ebenfalls, wie schon früher[1]) bemerkt wurde, in vielen Fällen das gerechte Verhältniß zwischen der Strafe des Versuches und der Vollendung stören müssen[2]). Der Versuch mit untauglichen Mitteln wird (Art. 47) für weniger strafbar erklärt[3]). Auch soll das nicht zur Ausführung gekommene verbrecherische Complott und die Theilnahme an demselben ohne Mitwirkung bei der Ausführung[4]) (Art 71. 72.) wie ein nicht beendigter Versuch gestraft werden, eine Ansicht, die sich gewiß rechtfertigen läßt. Dagegen wird in Beziehung auf den einzelnen Anstifter nicht gesagt (vergl. Art. 67.), ob er, wenn das Verbrechen unterblieb, wegen eines beendigten oder nicht beendigten Versuches bestraft werden soll[5]). — Beispiele einer härtern Bestrafung des Versuches, als es nach diesen allgemeinen Grundsätzen der Fall seyn würde, enthalten die Art. 230 u. 341 in Hinsicht des beabsichtigten Giftmordes, der zwar nicht den Tod, aber einen bedeutenden bleibenden Schaden an der Gesundheit zur Folge gehabt hat[6]), und hinsichtlich des Wilddiebes, der auf die ihn anhaltenden Personen mit dem Gewehre angeschlagen oder geschossen

Statt finden können. Der revid. Entw. läßt bei todeswürdigen Verbrechen im Art. 36 selbst lebenslängliche Kettenstrafe zu.

1) Oben §. 180. 182.

2) Vergl. überh. Bauer Anmerkungen Th. I. S. 391 ff.

3) Wenigstens scheint dieß der Sinn des Art. 47. (revid. Entw. Art. 40.) zu seyn.

4) Mit Ausnahme des Anstifters des Complotts, welcher dennoch gleich einem Miturheber bestraft werden soll.

5) Die Anmerkungen v. Bauer Th. I. S. 477 erklären sich jedoch ausdrücklich für die Annahme eines beendigten Versuches. S. Oben §. 165.

6) Wie im Baier. Strafgesetzb.

hat, ohne zu tödten. Der Sache nach werden aber noch mehr Ausnahmen dadurch herbeigeführt, daß der Entwurf Fälle, die in der That nur einen Versuch enthalten, zu dem vollendeten Verbrechen zieht, z. B. die blose Verschwörung beim Hochverrath (Art. 137.), die Verfertigung falscher Münzen, ohne Ausgeben derselben (Art. 203. 204.), die blose Gewaltthätigkeit beim Raube, ohne daß etwas geraubt wäre u. s. w.

§. 243.

Der Würtembergische Entwurf von 1835, welcher häufig selbst im Ausdruck sehr mit dem Hannoverschen Entwurfe übereinstimmt, weicht doch hinsichtlich der Strafbestimmungen für den Versuch wesentlich von dem letztern ab. Hier finden wir nämlich die oben ausgeführte, wie wir glauben, richtigere Ansicht bestätigt, daß für den Versuch, nach Anerkennung des Prinzips, daß er stets gelinder als die Vollendung zu ahnden sey (Art. 55.), nur ein Minimum und kein Maximum der Strafe festgestellt werden dürfe, und merkwürdiger Weise ist im Würtembergischen Entwurfe dieselbe Quote der ordentlichen Strafe als Minimum bestimmt, welche der Hannoversche Entwurf als Maximum hingestellt hat, nämlich für den beendigten Versuch die Hälfte, für den nicht beendigten Versuch ein Drittheil der ordentlichen Strafe (Art. 58. 59.). Bei Verbrechen aber, worauf Todes- oder lebenslängliche Zuchthausstrafe steht, soll der beendigte Versuch mit Zuchthaus nicht unter fünfzehn Jahren, der nicht beendigte dagegen mit keiner geringern als einer achtjährigen Zuchthausstrafe geahndet werden (Art. 62.). Auch ist noch besondere Bestimmung getroffen über die Strafe des Versuches bei Verbrechen, welche mit dem Verluste der bürgerlichen Ehren- oder Dienstrechte geahndet werden (Art. 63—65), wo-

bei auch von einem Maximum die Rede ist, und einigen andern Fällen (Art. 60. 61.). Mit Recht ist der Versuch mit untauglichen Mitteln u. s. w., wenn man ihn einmal als strafbar betrachten zu müssen glaubte, nur der Strafe des nicht beendigten Versuches unterworfen, allein man hätte noch weiter gehen und für ihn ein geringeres Minimum festsetzen müssen, da ein solcher Versuch nicht blos hinsichtlich der Form, sondern auch hinsichtlich der materiellen Beschaffenheit der Handlung ein unbeendigter seyn kann und wegen der mangelnden objectiven Gefährlichkeit der Handlung nothwendig weniger strafbar seyn muß, als jeder andere nicht beendigte Versuch, der schon einen Anfang der Ausführung enthielt. — Hinsichtlich der Frage, wie die einfache Anstiftung und die Eingegehung eines Complottes zu bestrafen sey, wenn das Verbrechen nicht zur Ausführung gebracht wurde, ist nur der letztere Fall ausdrücklich dahin entschieden (Art. 74.), daß die blose Eingehung des Complotts als nicht beendigter Versuch gestraft werden soll. Da indeß nach Art. 71 den Anstifter die Strafe des nicht beendigten Versuches treffen soll, wenn er die Aeußerung, wodurch er den Andern zu dem verbrecherischen Entschlusse bestimmt hatte, wieder zurückgenommen, oder denselben sonst, soviel an ihm lag, von der Ausführung abzuhalten versuchte, das Verbrechen aber dennoch ausgeführt wurde; ohne diese Voraussetzung er aber des vollendeten Verbrechens schuldig ist, so ließe sich hieraus vielleicht schließen [1]), daß den Anstifter,

1) Merkwürdiger Weise wird in den Motiven zu dem Entwurfe (Allgemeine Bemerkungen. §. 9. S. 41.) unter den Fällen strafbarer Vorbereitungshandlungen auch der Anstiftung mit gedacht: und zwar des Falles, wenn die Ausführung des Verbrechens, ohne daß der Anstifter den Auftrag zurückgenommen hatte, unterblieben sey. Es soll ihn hier nach Art. 71 die Strafe des beendigten Versuches treffen, obgleich der Art. über diesen Fall gar nichts bestimmt.

wenn gegen seinen Willen das Verbrechen unterblieb, die Strafe des beendigten Versuches treffen müsse[1]). Auch soll ja diese dem Anstifter eines Complottes selbst dann zuerkannt werden (Art. 75.), wenn die Ausführung von Seiten der übrigen Theilnehmer ungeachtet seines erklärten Rücktrittes oder trotz seiner Abmahnung erfolgte[2]), während der gemeine Theilnehmer im gleichen Falle nur von der Strafe des nicht beendigten Versuches getroffen wird.

§. 244.

In dem Badischen Entwurfe hat man hinsichtlich der Frage, ob der Gesetzgeber für den Versuch ein Minimum oder Maximum der Strafe festsetzen solle, einen Mittelweg eingeschlagen. Man hat es nämlich für zweckmäßig gehalten, für den entfernten Versuch ein Maximum, für den nächsten[3]) Versuch dagegen ein Minimum zu bestimmen. Es verordnet daher der §. 98: „Die Strafe des entfernten Versuches darf bei zeitlichen Freiheits- und bei Geld-Strafen niemals ein Drittheil der Strafe übersteigen, welche im Falle des vollendeten Verbrechens eingetreten wäre, nicht zwölf Jahre Zuchthaus, wenn im Falle der Vollendung Todesstrafe, und nicht acht Jahre Zuchthaus, wenn im gleichen Falle lebenslängliche Zuchthausstrafe eintreten würde". Ferner im §. 99: „Die Strafe des nächsten Versuchs darf nicht

1) Vergl. oben §. 165 und Hepp im Archiv des Criminalrs. Jahrg. 1836. S. 50 ff.

2) Hat er jedoch beides gethan, d. h. seinen Austritt erklärt und dabei auch die Uebrigen von der Ausführung abzuhalten gesucht, so soll ihn auch nur die Strafe des nicht beendigten Versuches treffen.

3) Ueber die Unterscheidung des Badischen Entwurfs zwischen nächstem und entferntem Versuche s. Oben §. 169. Vergl. auch meine Kritiken des allgemeinen Theiles dieses Entwurfes in den Gött. gel. Anzeigen 1837. St. 92. und in der Allgem. Lit. Zeit. 1837. No. 84. der Ergänz. Bl.

weniger als zehn Jahre Zuchthaus betragen, wenn im Falle des vollendeten Verbrechens Todesstrafe, nicht weniger als sechs Jahre Zuchthaus, wenn in gleichem Falle lebenslängliche Zuchthausstrafe eintreten würde, und bei zeitlichen Freiheits- und Geld-Strafen niemals weniger als ein Viertheil derjenigen Strafe, die im Falle der Vollendung eingetreten wäre". Gewiß ist es sehr zu billigen, daß man hierbei das Minimum der Strafe des nächsten Versuches tiefer gesetzt hat, als das Maximum der Strafe des entfernten Versuches, indem dadurch der bei mehrern Gesetzgebungen hervortretende Fehler vermieden worden ist, daß sich eine große Lücke in den Stufen der Strafbarkeit findet, die doch in einer ununterbrochenen Reihenfolge fortlaufen und zum Theil in einander fließen[1]; allein wir finden keine Gründe zu dieser verschiedenen Bedrohungsweise und glauben, daß es auch für den nicht beendigten Versuch geeigneter sey, ein Minimum der Strafe zu bestimmen[2], und zwar so, daß dann das Maximum in dem Minimum der Strafe des nächsten Versuches enthalten ist. Auch so erlangt man dann eine ununterbrochene Stufenleiter. Zugleich wird aber auch dadurch eine zu gelinde Bestrafung des Versuches verhütet, was um so räthlicher seyn dürfte, als der Entwurf mit Recht der Regel nach einen Anfang der Ausführung zur Strafbarkeit des Versuches verlangt. Wenn übrigens im §. 95 auch der Versuch mit untauglichen Mitteln, welche der Handelnde nur aus Verwechselung oder Irrthum gebrauchte, für strafbar erklärt wird, so hätte wenigstens zugleich ausgesprochen werden müssen, daß ein solcher Versuch immer weniger strafbar sey, als ein gleicher Versuch mit einem tauglichen Mittel. — Hinsichtlich der Bestrafung des Anstifters bei nicht ausgeführtem Ver-

1) Vergl. die Motive zum Badischen Entwurf S. 77.
2) Vergl. oben S. 82 ff.

brechen stimmt dieser Entwurf (§. 110—113) mit dem Würtembergischen Entwurfe überein.

§. 245.

Der Entwurf für Norwegen.

Auch der in mehrfacher Hinsicht beachtungswerthe Entwurf zu einem Strafgesetzbuche für das Königreich Norwegen[1]) hat in dem vom Versuche handelnden dritten Kapitel die Regel anerkannt, daß der Versuch immer weniger strafbar sey, als das vollendete Verbrechen, und daß sich das Maaß der Strafbarkeit nach der größern oder geringern Entfernung von der Ausführung richte. Auch sind die im §. 3 u. 4 des angeführten Kapitels enthaltenen nähern Bestimmungen der Strafe der Art, daß sie dem richterlichen Ermessen einen ziemlich freien Spielraum lassen. Nur liegt offenbar ein Fehler darin, daß bei der Begränzung der Arbeitsstrafe nach verschiedenen Graden ein großer Sprung sich zeigt von der Strafarbeit ersten Grades, welche die lebenslängliche ist, zur Strafarbeit des zweiten Grades, welche auf 9—12 Jahre festgesetzt wird. Dieß wird nothwendig ein Mißverhältniß in die Strafe des Versuchs bringen, wenn das vollendete Verbrechen mit Todesstrafe oder mit Strafarbeit des ersten Grades bedroht ist.

§. 246.

Das Französische Recht.

Die Ansichten des älteren und neuern Französischen Strafrechts über die Frage, ob und bei welchen Verbrechen der Versuch strafbar sey, über den Anfangspunkt der Strafbarkeit desselben und die Stufen des Versuches haben wir schon oben[2]) kennen gelernt. Was das Maaß der

1) Ins Deutsche übersetzt von F. Thaulow. Christiania. 1834. S. darüber überhaupt die Kritik von Abegg. Neustadt a. d. Orla. 1835.

2) Th. I. S. 179. S. 231. Th. II. S. 41.

Strafbarkeit betrifft, so stimmte das ältere französische Recht im Wesentlichen mit den Grundsätzen der italiänischen und deutschen Theorie und Praxis überein[1]; d. h. man hielt den Versuch im Allgemeinen für weniger strafbar als die Vollendung, bestimmte die Größe der Strafe mit Rücksicht auf die Unterscheidung zwischen conatus proximus und remotus, erkannte aber zugleich gewisse Ausnahmsfälle bei s. g. delictis atrocissimis an, wo der Versuch (wenigstens der conatus proximus) ebenso hart wie die Vollendung bestraft werden könne[2]. Dieß Letztere bestätigte der Code von 1791 hinsichtlich der tentatives d'assassinat und d'empoisonnement, während er die Versuche aller übrigen Verbrechen stillschweigend für straflos erklärte[3]: So blieb es bis zum Gesetz vom 22 Prair. an IV.[4], welches die Ausnahme zur Regel machte und bestimmte, daß jeder Versuch eines Verbrechens (d. h. eines crime im Gegensatz zum délit), der einen Anfang der Ausführung im Gefolge gehabt habe und wobei die Vollendung nur durch zufällige Umstände verhindert worden sey, ebenso wie das Verbrechen selbst gestraft werden solle. Diese harte und ungerechte Bestimmung gieng auch, trotz des bei der Berathung im Conseil d'état gegen die „in-

1) Vergl. die oben Th. II. S. 41. Not. 1. angeführten älteren Schriften von Tiraqueau, Jousse und Mouyart de Vouglans, und darüber Chaveau et Hélie Faustin Théorie du Code pénal. Chap. X. p. 141.

2) Chaveau l. c. „Ces crimes atroces de leur nature, dont la tentative était punie comme le crime même, étaient ceux de lèse-majesté, d'assassinat, de parricide et d'empoisonnement; dans les autres cas, la jurisprudence des Cours avait établi des peines plus douces". Vergl. auch die ausführliche Darstellung des älteren französischen Rechts bei Lelièvre de conatu delinquendi p. 159—188.

3) Oben Th. I. S. 179.

4) Wörtlich abgedruckt oben a. a. O.

flexibilité de la peine" erhobenen mehrfachen Widerspruchs, in den Code pénal von 1810 Art. 2. über[1]), und fand mit diesem Eingang selbst in den Ländern Deutschlands, in welchen jener Gesetzeskraft erhielt[2]). So sehr man nun auch hätte erwarten sollen, daß man im Jahre 1832, wo eine Verbesserung der Criminal-Gesetzgebung bei den Kammern zur Berathung kam, unter den vielen Härten und Ungerechtigkeiten des Code[3]) auch den Art. 2 einer Abän-

1) Vergl. oben a. a. O. Not. 2. wo der Art. 2. des Code wörtlich abgedruckt ist. Zu bemerken ist übrigens, daß nach der Revision vom 28. April 1832 der Anfang des Artikels nicht mehr lautet: „Toute tentative de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution", sondern nur: Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution. Es ist dieß insofern eine Verbesserung zu nennen, als die frühere Fassung zu dem gewiß unrichtigen Gegensatze führte, daß es auch Versuche ohne actes extérieurs gebe.

2) z. B. in Rhein-Preußen. Vergl. Dr. Ph. Goebel, was der Crim. Gesetzgeb. in Rhein-Preußen am dringendsten Noth thut? Trier u. Berlin 1838, worin ebenfalls die Bestimmung des Art. 2. des Code den verdienten Tadel findet, ohne daß jedoch in dem Raisonement neue Gründe dagegen vorkämen.

3) Dazu gehört auch die Gleichstellung aller Mitschuldigen desselben Verbrechens hinsichtlich der Strafe. Was aber die Bestrafung des Anstifters betrifft, welcher, wie wir gesehen haben, nach deutschem Strafrecht auch bei nicht ausgeführtem Verbrechen wegen beendigten Versuches gestraft werden kann, so befolgt das französische Recht das Prinzip, welches wir oben aus dem römischen Rechte entwickelt haben, welches aber die gemeinrechtliche Doctrin aufgegeben hat, daß es nämlich darauf ankomme, ob der Thäter schon eine Handlung begangen habe, welche unter das Strafgesetz fällt. Nach französischem Rechte muß es also in der Regel (denn Ausnahmen kommen insbesondere bei den Staatsverbrechen vor) auf Seiten des Thäters schon zu einem Versuche mit Anfang der Ausführung gekommen seyn,

derung unterwerfen werde, so ist dieß doch durch das Gesetz vom 28. April 1832 nicht geschehen. Zwar wurde in der zur Prüfung des Gesetzentwurfes niedergesetzten Commission der Deputirten-Kammer die Frage über die Nothwendigkeit einer geringern Strafe des Versuches zur Sprache gebracht und bei der Berathung in der Kammer stellten die Herrn Persil und Larochefaucault ein Amendement des Inhaltes: „Que toute tentative serait punie de la peine immédiatement inférieure à celle que l'auteur aurait encourue, s'il eût consommé son crime", was gewiß ein sehr bescheidener Wunsch war; allein das Amendement wurde leider aus dem, schon im Bericht jener Commission hervortretenden, ganz unzulänglichen Grunde verworfen, daß eine solche Bestimmung jetzt, nachdem die Geschwornen die Befugniß erhalten hätten, auf circonstances atténuantes zu erkennen, nicht nöthig sey, indem sie es ja nun in ihrer Hand hätten, dem Thäter den glücklichen Zufall, daß das Verbrechen unvollendet geblieben sey, zu Gute zu rechnen. Ein gleiches Schicksal hatte die Frage in der Kammer der Pairs. Der Berichterstatter bemerkte hier: „Quelques personnes ont pensé que la tentative de crime ne devait être punie que de la peine inférieure à celle appliquée aux crimes mêmes. Votre commission n'a pas partagé cet avis. La perversité est la même dans les deux cas et les pouvoirs nouveaux accordés aux jurés leur donnent la possibilité d'établir les différences morales qui pourront se rencontrer entre le crime accompli et la simple tentative". Offenbar hat dieses ganze Raisonnement keinen haltbaren Grund. Denn abgesehen davon, daß es sich im bürgerlichen Strafrecht nicht um die moralische Schuld handelt, blieb blos folgende Al-

wenn der Anstifter bestraft werden soll. Dann trifft ihn aber dieselbe Strafe, welche der Thäter erleidet. Vergl. Chaveau Théorie du Code pénal. Chap. X. p. 153.

ternative: Entweder man erkannte die Nothwendigkeit einer geringern Strafbarkeit des Versuches an, und dann durfte es nicht blos in das Belieben der Geschwornen gestellt werden, ob sie einen mildernden Umstand im Mangel der Vollendung finden wollten, oder nicht; oder man war wirklich von der Nothwendigkeit einer gleichen Strafe für Versuch und Vollendung überzeugt, und dann konnte man sich nicht auf jene Befugniß der Geschwornen beziehen, die wenigstens darin keinen mildernden Umstand finden sollten, was das Gesetz durch seine deutliche Erklärung als solchen verworfen hat. Auch hat diese leichtsinnige Aburtheilung über eine so wichtige Frage schon den gebührenden Tadel gefunden und die gewichtigen Stimmen von Legraverend, Carnot, Rossi und dann auch Chaveau haben sich für die Nothwendigkeit einer Verbesserung der französischen Gesetzgebung in dieser Beziehung ausgesprochen [1]).

§. 248.

Fast alle übrigen ausländischen Legislationen erkennen dagegen das Prinzip einer geringern Strafbarkeit des Versuches an, so daß die Bestimmung des Code pénal fast isolirt dasteht [2]), wenn man nämlich von einzelnen Verbrechen

1) Vergl. insbesondere Rossi Traité de droit pénal Livr. II. Chap. XXXI. — Chaveau Théorie du Code pénal Chap. X. p. 144 ff. S. auch Lelièvre de conatu delinq. p. 203 ff. und die oben Th. I. S. XIV. der literär-historischen Einleitung angeführten Dissertationen von Wintgens, Philipse, Faiber, Brouwer und Wybenga, welche sich vorzüglich mit dem Art. II. des Code pénal beschäftigen.

2) Der Code belge trennt wenigstens das crime manqué von der tentative, indem er im Art. 2. §. 1. verordnet: „Toute tentative de crime consommée par des actes tels qu'il n'est plus au pouvoir de son auteur d'en arrêter les effets, est considérée comme le crime même". Die Strafe der tentative soll dagegen eine mildere seyn. Die Gründe, welche der belgische

abstrahirt, die man in Folge einer irrigen Ansicht von ihrer exceptivischen Natur fast überall mit gleicher Strafe, wie die Vollendung, bedroht findet. Wir verweisen in dieser Beziehung hinsichtlich der Grundsätze der Gesetzgebung in Spanien, England, Schottland, Italien, die Schweiz, Ungarn und Rußland auf die fleißige Arbeit von Lelièvre de conatu delinquendi, worin sich reichhaltige Materialien darüber zusammengestellt finden.

Minister in seinem exposé des motifs zur Rechtfertigung jener Gleichstellung des crime manqué mit dem crime consommé vorbrachte, sind dieselben, welche wir oben §. 176 ff. kennen gelernt und widerlegt haben. L'auteur, sagte er, ayant été, quant à l'intention et au fait matériel, aussi coupable qu'il peut l'être (?), n'a aucun droit à profiter du défaut d'accomplissement de l'événement. La distance qui sépare son fait du crime entièrement consommé ne peut (??) être justement appréciée et definie. C'est à bon droit qu'on assimile ces actes au crime lui-même". Cf. Chaveau Théorie du Code pénal. Chap. X. p. 149.

Siebentes Kapitel.

Von der Aufhebung der Strafbarkeit des Versuches.

Erster Titel.

Allgemeine Betrachtungen.

§. 249.

Einleitung.

Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß diejenigen Gründe, durch welche, abgesehen von der erlittenen Strafe, die Strafbarkeit der Verbrechen überhaupt getilgt oder aufgehoben werden kann, wie der Tod und die Begnadigung des Verbrechers, und die Verjährung des Verbrechens, auch auf verbrecherische Versuche zur Anwendung kommen müssen, so wie es sich auch von selbst versteht, daß die Zurechnungsfähigkeit des Thäters die Strafbarkeit jedes Versuches bedinge und daß die theils aus der äußern Beschaffenheit der verbrecherischen Handlung entlehnten, theils auf das Bewußtseyn der Strafbarkeit und die Gefährlichkeit seines Willens sich beziehenden allgemeinen Strafzumessungsgründe auch bei der Würdigung der Strafbarkeit des Versuches zur Anwendung kommen müssen. Eine dem Versuche eigenthümliche Frage ist es aber, welchen Einfluß die vermöge eigener Willensänderung des Thäters unterbliebene Vollendung des Verbrechens auf die Strafbarkeit der Versuchshandlung ausübe[1])? Denn wenn auch bei einem vollendeten Verbrechen über den Werth der Reue

1) Eine dieser Frage gewidmete besondere Schrift, die mancherlei Gutes enthält, indessen doch auch noch viel zu wünschen übrig

des Thäters zum Zwecke der Milderung der Strafe gesprochen werden kann, so bringt es doch der Begriff des Vollendeten mit sich, daß von der Abwendung oder dem Ungeschehenmachen von etwas seinem Wesen nach Geschehenem nicht mehr die Rede seyn könne. Nur insofern bei einem Verbrechen der schädliche Erfolg desselben ein größerer oder geringerer seyn kann, wird die Willensänderung des Thäters sich möglicher Weise auch hindernd oder abwendend äußern können. Da indeß der Begriff des Verbrechens, für welchen die Quantität des Schadens etwas Unwesentliches ist, hierdurch nicht geändert werden kann, und die vollständige Gesetzes-Uebertretung oder das consummirte Verbrechen als ein abgeschlossenes, durch keine Willensänderung anders zu gestaltendes Factum vorliegt, so kann dieß nur etwa auf die relative Strafbarkeit des Thäters von Einfluß seyn. Freilich können die Gesetze möglicher Weise auch hier die Bahn juristischer Consequenz verlassen und aus Rücksichten der Billigkeit, oder aus kluger Berechnung der nützlichen Folgen dem Reuigen, oder Demjenigen, der aus andern Motiven der Fortwirkung des Verbrechens Einhalt thut, Straflosigkeit oder gar Belohnung zusichern; dieß ist aber dann ein Act der Gnade, und keine Forderung des Rechts. Beispiele dafür werden sich unten bei der Betrachtung der positiven Gesetze finden.

§. 250.

I. Verschiedene Gründe der unterbliebenen Vollendung des Verbrechens.

Wir haben gesehen, wie es zum Wesen des verbrecherischen Versuches gehört, daß durch die auf Uebertretung

läßt, ist von Georgius Hiddema Jongsma, Disp. de Quaestione: An delinquendi conatus poena sit afficiendus, si delinquens, mutato consilio, sponte et ultro, nulla ratione extrinsecus accedente coactus, a delicto consummando et conficiendo abstineat? Groningae 1828.

eines Strafgesetzes gerichtete Handlung noch nicht Alles geschehen oder bewirkt worden seyn dürfe, was zum Begriffe des Verbrechens gehört. Fragen wir nun nach den Gründen der unterbliebenen Vollendung[1]), so würden sie in allen Fällen sich auf folgende Alternative zurückführen lassen: Entweder der Thäter wollte das Verbrechen nicht vollenden, oder er konnte es nicht zur Consummation bringen. Das Nichtwollen und das Nichtkönnen kann aber wieder in verschiedenen Ursachen seinen Grund haben. Das Nichtwollen kann entspringen aus moralischen Gründen, die rein innerlich sind, oder solchen, die eine äußere Veranlassung haben. Denn obgleich die unbezwingbaren Regungen des Gewissens, oder der innern Stimme, welche den Menschen über die Nothwendigkeit, das Unrecht zu meiden, und über die Kraft, dieß zu thun, belehrt, der Erfahrung nach gewöhnlich erst nach beendigtem Verbrechen eintreten, wo der lockende Schimmer des verbrecherischen Reizes verschwunden ist, so geschieht es doch auch nicht selten, daß den noch nicht verhärteten Bösewicht auch vorher wirkliche Reue über die begonnene That ergreift, daß er von dem beabsichtigten Verbrechen zurückschreckt, und daß er ohne weitere äußere Veranlassung das Unrecht seiner Handlungsweise erkennt, und, blos weil es Unrecht ist, davon absteht. Noch häufiger wird aber die Willensänderung eine äußere Veranlassung haben. So kann den Thäter beim Anblick des Verletzten das Gefühl des Mitleids erfassen; es können sich dabei die gewohnten, nur durch Leidenschaft unterbrochenen Gefühle der Hochachtung, der Pietät, der Dankbarkeit regen und ihn bestimmen, ohne daß er das Unrecht als solches erkannt hätte, von der Vollziehung des Verbrechens abzustehen. Es kann ferner die Willensänderung die Folge des von Außen

1) Vergl. darüber vorzüglich die Darstellung von Romagnosi, Genesis des Strafrechts, übers. v. Luden §. 724 ff.

kommenden Eindruckes der Furcht vor der bürgerlichen Strafe seyn, oder sie ist blos Sache des reflectirenden Verstandes, indem der Thäter glaubt, daß ihm das Verbrechen doch nicht den beabsichtigten Vortheil gewähren, oder der Nachtheil den Vortheil überwiegen werde. In allen diesen Fällen, setzen wir voraus, steht der Vollziehung des Verbrechens kein äußeres Hinderniß im Wege, und der Thäter hat auch die Meinung, daß es blos von seinem Willen abhänge, das Verbrechen zu vollziehen oder nicht. Die Möglichkeit, daß dessen ungeachtet ein nicht vorhergesehenes Hinderniß dazwischen trete, bleibt zwar dadurch nicht ausgeschlossen; allein so lange dieß nicht wirklich der Fall war, kann diese blose Möglichkeit nicht in Betracht kommen. Es bleibt gewiß, daß der Thäter noch auf der verbrecherischen Bahn fortschreiten konnte, und daß er dieß, ohne durch ein, durch seinen Willen nicht besiegbares Hinderniß gezwungen zu seyn (denn die obigen Fälle moralischer Nöthigung konnten durch den blosen Willen überwunden werden), vermöge eigner Willensänderung unterlassen, den verbrecherischen Willen aufgegeben hat.

§. 251.

Verschieden hiervon sind offenbar diejenigen Fälle, wo der Thäter den verbrecherischen Willen nicht aufgegeben, sondern die Ausführung desselben nur auf eine spätere Zeit oder eine passendere Gelegenheit verschoben hat. Ein solches Aufschieben der Consummation kann zwar zum Theil aus den nämlichen Gründen hervorgehen, wie das gänzliche Aufgeben, namentlich aus der Furcht vor der Strafe, welche durch die Besorgniß augenblicklicher Entdeckung des Verbrechens entsteht, z. B. wenn der Thäter in der Ferne Menschen erblickt, wenn er Geräusch oder Fußtritte hört, die ihn die Ueberraschung befürchten lassen; wenn der schon im Einsteigen begriffene Dieb, der die Bewohner

des Hauses für schlafend hielt, plötzlich Licht in einem Zimmer bemerkt; — oder aus der Erwägung, daß ihm die Ausführung des Verbrechens jetzt nicht den beabsichtigten Vortheil gewähre, oder zu einer andern Zeit einen größern Gewinn, einen schädlichern Erfolg für den Verletzten verspreche, oder auch jetzt die Verletzung noch einer andern Person im Gefolge haben werde, welche der Verbrecher nicht will. In allen diesen Fällen ist aber der böse Vorsatz trotz der vorhandenen Willensänderung noch derselbe. Denn diese bezieht sich nicht auf das Verbrechen an sich, sondern nur auf die Art und Weise der Ausführung desselben.

§. 252.

Wenden wir uns jetzt zur Betrachtung der Fälle des Nichtkönnens, welches sich sowohl auf die Nichtbeendigung der erforderlichen Handlung als die Nichtherbeiführung des zum Begriffe des Verbrechens gehörigen Erfolges beziehen kann, so spricht man zwar auch vom Nichtkönnen, wenn blos moralische oder innere Hindernisse der Vollziehung des Verbrechens entgegenstehen; allein, insofern diese ein Nichtwollen herbeiführen, und doch durch den blosen Willen zu überwinden sind, mögen sie auch aus einer äußern Veranlassung entspringen, haben wir ihrer schon beim Nichtwollen gedacht, und es kann daher hier nur von solchen Fällen die Rede seyn, in welchen sich ein äußeres in dem Gegenstande des Verbrechens, in der Beschaffenheit der Handlung, der angewendeten Mittel und Kräfte liegendes, oder ein sonstiges zufälliges Ereigniß oder Hinderniß zwischen den Versuch und die Vollendung stellt, und die letztere auf eine Weise abwendet, daß der Wille des Handelnden wenigstens unter den dermaligen Umständen nichts dagegen vermochte, so daß es auch gar nicht in Betracht kommen kann, ob sich zu dem Nichtkönnen, vielleicht noch

ein Nichtwollen hinzugesellt hat. Es ist übrigens nicht ganz leicht, die verschiedenen und zahlreichen Fälle des Nichtkönnens auf bestimmte Classen zurückzuführen. Einen beachtungswerthen Versuch macht Romagnosi[1]: „Das Unvermögen", sagt er, „entsteht entweder durch einen blosen unüberwindlichen Widerstand, der sich der Vollendung der Handlung entgegenstellt, oder durch die Gewalt einer höhern Macht, der die menschlichen Kräfte unterliegen müssen, oder durch Mangel an Kraft, der das Ausübungsvermögen des Menschen beschränkt". Gegen die mögliche Einwendung aber, daß diese Gründe zusammenfallen dürften, indem bei der höhern Gewalt auch Widerstand, und bei beiden der Mangel der erforderlichen Kräfte zur Ueberwindung der Gewalt oder des Widerstandes der Grund der Nichtvollendung sey, sucht sich Romagnosi durch die Bemerkung zu schützen, daß beim Widerstande eines physischen Gegenstandes, es immer in der Willkühr des Handelnden stehe, sich demselben zu nähern, oder sich von ihm zu entfernen, so daß also die physische Freiheit desselben nicht gehindert werde, während bei der Gewalt ihm, so zu sagen, Ketten angelegt würden und er überhaupt an freier Bewegung gehindert sey. Von dem Mangel an Kraft unterscheide sich aber die Gewalt dadurch, daß bei letzterer die physischen Kräfte des Menschen zwar vorhanden, aber nur gebunden seyen, während es dort an den Kräften selbst fehle. Dabei könnte man aber immer noch fragen, wie sich denn der Mangel der Kraft von dem Widerstande des physischen Gegenstandes unterscheide, da es ja doch nur der Mangel an Kraft sey, der den Widerstand nicht besiegen könne? Worauf indeß zu erwidern seyn dürfte, daß in dem einen Falle, beim Widerstande, ein absolutes, in dem andern dagegen nur ein relatives Unvermögen die Durchsetzung des

1) Genesis des Strafrechts §. 728 ff.

Willens verhindert. Denn wenn z. B. ein in ein Haus eingestiegener Dieb unerwartet an eine verschlossene Thüre kömmt, die er ohne Brechwerkzeuge nicht eröffnen kann, so ist das eine absolute Unfähigkeit, in welcher sich Jedermann in gleicher Lage befinden würde. Hat dagegen z. B. Jemand ein Mädchen thätlich überwältigt, kann es aber wegen eigenen Unvermögens nicht zur Vereinigung der Geschlechtstheile bringen, so ist dieß offenbar eine relative Unfähigkeit.

§. 253.

Romagnosi hat aber dabei doch eine zahlreiche Classe von Fällen unberücksichtigt gelassen, nämlich diejenigen, in welchen nicht Widerstand, nicht Gewalt, noch eigenes Unvermögen die Vollbringung des Verbrechens verhindert, sondern nur durch Zufall die zum Begriffe des Verbrechens erforderliche Wirkung, z. B. der Tod des Verletzten, nicht eintritt. Zwar kann das Nichteintreten der Wirkung auch aus jenen drei Ursachen hervorgehen, z. B. der Angegriffene trägt einen Panzer, auf welchem der Dolch abgleitet (Widerstand), oder er vertheidigt sich und entwaffnet den Mörder (Gewalt), oder es fehlt dem letztern die Kraft zur Beibringung einer lebensgefährlichen Wunde (eignes Unvermögen); allein meistens passen die hier denkbaren Gründe nur auf die nicht vollzogene Handlung und nicht auf den beendigten Versuch, das délit manqué oder delitto mancato, welches freilich Romagnosi, wie wir schon gesehen haben, auch wie das vollendete Verbrechen betrachtet wissen will. Umfassender scheint daher das Oesterreichische Strafgesetzbuch I. §. 7. die Fälle des Nichtkönnens anzugeben, wenn es sagt, „die Vollbringung des Verbrechens könne theils wegen Unvermögenheit, theils wegen Dazwischenkunft eines fremden Hindernisses, theils durch Zufall unterblieben seyn". Auf ganz ähnliche Weise bezeichnet auch

das Baierische Strafgesetzbuch I. Art. 58 in den Worten, „wenn der Handelnde an der Vollbringung nicht durch äußere Hindernisse, durch Unvermögenheit oder Zufall verhindert wurde" die Gründe der unfreiwillig, unterbliebenen Vollendung, und es dürften diese drei Ursachen allerdings als die Sache erschöpfend zu betrachten seyn. — Man kann aber auch die Gründe der mangelnden Vollendung noch aus einem andern Gesichtspunkte auffassen, der zugleich auf die verschiedene Strafbarkeit der einzelnen Fälle und auf die Frage, ob überhaupt gestraft werden könne, von Einfluß ist. Geht man nämlich davon aus, daß zu jedem Verbrechen eine Handlung gehört, welche das Verbrechen hervorbringen sollte und, wenigstens nach der Meinung des Handelnden, auch konnte, so lassen sich zwei Hauptfälle denken: Es kann nämlich 1) die Handlung so beschaffen seyn, daß sie wirklich das Verbrechen consummirt hätte, wenn nicht entweder ein von dem Willen des Handelnden unabhängiges oder denselben überwindendes Hinderniß dazwischen getreten und das Fortschreiten auf der verbrecherischen Bahn gehemmt, oder ein Zufall den Eintritt des beabsichtigten Erfolges abgewendet hätte. Es kann aber auch 2) der Grund der Nichtvollendung in der absoluten oder relativen Untauglichkeit der Handlung selbst liegen.

§. 254.

Hinsichtlich der zur ersten Classe gehörigen Fälle ist eine weitere Unterscheidung nicht nothwendig. Jedenfalls genügt es, darauf hinzuweisen, daß nach Verschiedenheit des Momentes, wo das Hinderniß oder der Zufall dazwischen tritt, sich der Versuch zu einem beendigten oder nicht beendigten gestalten könne, und daß das entgegentretende Hinderniß oder der Zufall entweder blos negativ wirken oder positiv die Wirksamkeit der Handlung beseitigend erscheinen könne. Was dagegen die absolute oder

relative Untauglichkeit der Handlung betrifft, so lassen sich mit Rücksicht auf die drei wesentlichen Bestandtheile der Handlung, nämlich Gegenstand, Mittel und Kräfte, auch drei Gründe der Untauglichkeit unterscheiden. Es kann nämlich die Handlung 1) gegen ein Object gerichtet seyn, an welchem dieses Verbrechen gar nicht hervorgebracht werden konnte. Ist in diesem Fall das Object nur überhaupt möglicher Gegenstand eines Verbrechens, so kann die That in ein anderes Verbrechen übergehen; z. B. Gewalt, verübt zur Erzwingung des Beischlafes mit einer übelberüchtigten Person, die aber der Thäter als solche nicht kannte, kann nicht als Versuch der Nothzucht im Sinne der P. G. O. bestraft werden, ist aber als Gewaltthätigkeit strafbar. Wenn aber dem Gegenstand eine Eigenschaft fehlt, welche nothwendig vorausgesetzt wird, damit überhaupt von einem Verbrechen die Rede seyn könne, wie z. B. beim Diebstahl, daß es eine fremde Sache sey, oder bei der auf Tödtung gerichteten Handlung das Leben in dem menschlichen Körper, so spricht man zwar, wie wir wissen, auch in Fällen, wo es daran fehlt, von einem Versuch der Tödtung oder des Diebstahls, allein es hat hier die Nichtvollendung der That in einem Umstande ihren Grund, welcher auch die Strafbarkeit des Versuches bedingt. Ebenso kann nach den Th. I. §. 125 ff. dargestellten Grundsätzen als eigentlich nicht hierher gehörig betrachtet werden, wenn 2) die Nichtvollendung in der völligen Untauglichkeit des angewendeten Mittels ihren Grund hatte. Liegt letzterer dagegen nur in der Unzulänglichkeit oder Unwirksamkeit des an sich tauglichen Mittels oder 3) in der Insufficienz der zur Hervorbringung des Verbrechens erforderlichen Kräfte oder der ungeschickten Anwendung des an sich tauglichen Mittels, dann kann diese relative Unfähigkeit das Verbrechen hervorzubringen, auch nicht die absolute, sondern nur die relative Strafbarkeit bedingen.

§. 237.

II. Ueber die Strafbarkeit des Versuches, wenn die Vollendung vermöge eigner Willensänderung des Thäters unterblieb.

Nachdem wir nun die verschiedenen Ursachen kennen gelernt haben, aus welchen die verbrecherische That in den Gränzen des Versuches zurückgehalten werden kann, wird es nöthig seyn, die Frage zu beantworten, welchen Einfluß diese verschiedenen Ursachen auf die Strafbarkeit der Handlung ausüben können? In dieser Beziehung ist es nun zunächst keinem Zweifel unterworfen, daß da, wo der Versuch nur deshalb nicht zur Vollendung führte, weil ein von dem Willen des Verbrechers unabhängiges Hinderniß dazwischen trat, nur dann von Straflosigkeit die Rede seyn könne, wenn es der Versuchshandlung an einer Eigenschaft fehlte, welche die absolute Strafbarkeit nothwendig bedingt, also, wenn sie entweder noch keinen Anfang der Ausführung enthielt, oder nach den (Th. I. Kap. III. Tit. 3.) darüber gegebenen nähern Bestimmungen das Verbrechen unmöglich hervorbringen konnte, oder an sich der objectiven Gefährlichkeit ganz und gar entbehrte. Wenn dagegen bei einer an sich strafbaren Versuchshandlung der Verbrecher vermöge eigener Willensänderung von der Vollendung abstand, was soll dieser Umstand für einen Einfluß haben? Soll er gänzliche Straflosigkeit bewirken, oder nur eine Milderung der Strafe herbeiführen, oder endlich ganz unberücksichtigt bleiben? Jede dieser Ansichten hat ihre Vertheidiger gefunden, die meisten wohl die erste, jedoch aus verschiedenen Gründen. Auch wir halten Straflosigkeit für nothwendig, und zwar nicht blos aus Gründen der Klugheit, sondern auch des Rechts.

§. 255.

Häufig hat man die Straflosigkeit des durch die freie

Willensänderung des Thäters unterbrochenen Versuches blos aus dem Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit zu begründen, oder lediglich als eine Forderung der Strafrechts-Politik zu betrachten gesucht. Wir werden später sehen, daß sich allerdings von diesem Standpunkte aus gewichtige Gründe für die Straflosigkeit anführen lassen. Allein auch nach allgemeinen Prinzipien des bürgerlichen Strafrechts läßt sich die Nothwendigkeit der Straflosigkeit beweisen, und dieß ist um so wichtiger, als die gewöhnlich angeführten politischen Gründe nach der Ansicht mancher Schriftsteller nur eine Schlußfolgerung auf geringere Strafbarkeit des Thäters begründen. — Gehen wir nämlich davon aus, daß zur Strafbarkeit des Versuches theils eine äußere, dem Gesetze widersprechende Thätigkeit, theils und hauptsächlich der auf Uebertretung des Strafgesetzes gerichtete böse Wille erforderlich ist, so daß also die bürgerliche Strafe des Versuches durch die zu einer Handlung erfolgte Vereinigung beider wesentlichen Erfordernisse bedingt wird, so muß nothwendig die Strafbarkeit getilgt werden, sobald das eine oder andere dieser Requisite rückwärts annullirt wird. Hinsichtlich der äußern Thätigkeit ist dieß nun freilich unmöglich. Was einmal geschehen ist, kann nicht ungeschehen gemacht werden, und ebenso kann da, wo der Wille des Menschen das Ziel erreichte, welches der Zweck seiner Thätigkeit war, oder dafür angesehen werden muß, und eine, durch den Willen und die daraus hervorgegangene äußere Thätigkeit, oder deren Folgen als ein in sich abgeschlossenes und vollendetes Ganze erscheinende Handlung vorliegt, von einer Annullation des Willens keine Rede seyn. Anders ist es dagegen, wenn der Handelnde mitten auf der betretenen Bahn stehen bleibt, und den seine bisherigen Schritte leitenden Willen ändert oder aufgiebt. Hier wird der vorhanden gewesene Wille rückwärts bedeutungslos, und so wie die moralische Gerechtig-

windenden Mühen zurückschreckt, jedes Anspruches auf eine für das erstrebte Gute zu gewährende Belohnung für verlustig erklärt und ihm auch nicht einen Theil derselben zubilligen kann[1]), so wird auch denjenigen, welcher zwar Böses bezweckte, allein freiwillig davon abstand, die Strafe weder ganz noch theilweise treffen können. Ist aber die Ausübung des bürgerlichen Strafrechts noch besonders durch eine den rechtlichen Zustand gefährdende Handlung bedingt, so wird hier um so weniger eine Strafe als zulässig betrachtet werden können. Denn nur der beharrliche böse Wille kann ein gefährlicher genannt werden, nur bei ihm wird es nöthig seyn, die Strafe als Repressiv-Mittel zur Anwendung zu bringen. Der freiwillig von der Vollendung Abstehende zeigt aber durch die That, daß er keinen festen und beharrlichen bösen Willen hatte, daß er nur augenblicklich dem sinnlichen Antriebe gefolgt ist, jedoch die Einsicht von der Nothwendigkeit des rechtlichen Handelns in ihm die Oberhand behalten hat. Von einem solchen Menschen hat der rechtliche Zustand keine Gefahr zu besorgen, die allgemeine Sicherheit ist zwar augenblicklich, aber nicht wirklich von ihm bedroht gewesen, und was er auch schon zur Uebertretung des Gesetzes vorgenommen hat, sobald dasselbe nur nicht in sich als ein abgeschlossenes Ganze, als ein vollendetes Delict erscheint[2]), die freie Willensänderung wird

1) Das Sprüchwort: „In magnis voluisse sat est", können doch wohl nur diejenigen für sich anführen, welche trotz des beharrlichsten Willens das erstrebte Ziel nicht ganz erreicht zu haben glauben.

2) Hierdurch erledigt sich der Einwand von Oersted über die Grundregeln der Criminalgesetzg. S. 160., daß eine Gesetzgebung, welche den freiwillig aufgegebenen Versuch eines Verbrechens für straflos erkläre, consequenter Weise auch denjenigen straflos lassen müsse, welcher freiwillig den Erfolg der bereits vollbrach-

jeder gesetzwidrigen Thätigkeit die rechtliche Bedeutung entziehen.

§. 257.

Zu diesem Resultate der Straflosigkeit werden auch die meisten der bis jetzt aufgestellten und von den abweichendsten Principien ausgehenden verschiedenartigen Strafrechtstheorien führen müssen[1]). Denn die Gerechtigkeitstheorie wird nicht sagen können, daß Derjenige Strafe verdiene, welcher freiwillig vom Unrecht abgestanden ist, und daß hinsichtlich seiner durch die Strafe das Unrecht als nichtig, und das Recht als heilig und unverletzlich dargestellt werden müsse, da er ja dieß durch seine eigene Handlung schon anerkannt hat[2]). Noch weniger wird die Theorie des psychischen Zwanges oder der Warnung Denjenigen einer Strafe unterwerfen können, bei welchem gerade der Hauptzweck der Drohung, die Abschreckung oder Warnung durch das Gesetz, erreicht

ten That wieder vernichte, wie z. B. der Dieb, der die gestohlnen Sachen zurückbringe. S. dageg. Henke Hdb. des Criminalrs. Bd. I. S. 259.

1) Indessen sagt Hepp in seinen Versuchen über einzelne Theile der Strafrechtswissenschaft. Heidelb. 1829., worin sich S. 308 ff. eine recht gute Ausführung über unsere Frage findet, nicht mit Unrecht: „Es giebt keinen allgemein gültigen oder absoluten Rechtsgrund für die gänzliche Straflosigkeit des Thäters; d. h. keinen, der von allen Partheien auf gleiche Weise anerkannt würde". Ließe sich aber nicht nachweisen, daß der obige Rechtsgrund von allen Partheien anerkannt werden müsse?

2) Mittermaier im N. Archiv Bd. X. S. 555. Henke Handb. des Strafrs. Bd. I. S. 257., welcher indeß ebenso wie Rossi Traité de droit pénal. Livr. II. Chap. XXXII. (De la tentative suspendue par le désistement volontaire de l'auteur) fast lediglich aus dem Gesichtspunkte der Criminal-Politik die Sache betrachtet, wie früher auch Mittermaier a. a. O. Bd. I. S. 199.

worden ist [1]). Ebenso wird der Anhänger der s. g. Besserungstheorie, wenn er eine moralische Besserung als Zweck der Strafe betrachtet, wenigstens dann die Straflosigkeit anerkennen müssen, wenn der Thäter aus wahrer Reue abgestanden ist; hat er aber nur eine rechtliche Besserung im Auge, ohne Unterschied, aus welchem Motive die Rückkehr zum gesetzlichen Handeln entsprungen ist. Ja selbst nach der s. g. Erstattungs- oder Vergütungstheorie und nach der Theorie der Special-Prävention ließe sich wohl die Straflosigkeit begründen, indem man sagen könnte, daß in dem freiwilligen Rücktritt auch die Wiedergutmachung des idealen Schadens liege und bei demjenigen keine Prävention durch die Strafe nö-

1) Ausdrücklich, und zwar wegen des Widerspruches, in welchen das Strafgesetz mit sich selbst gerathen würde, (ohne Ausschliessung eines Verweises), erkennt die Straflosigkeit an: Feuerbach, Kritik des Kleinschrod. Entwurfs Th. II. S. 103 f. — Bauer, Anmerkungen zum Hannov. Entw. I. S. 380 f. will den Grund nicht in der Reue und Sinnesänderung des Thäters finden und daher auch die Vorschrift nicht in das Kapitel von den Tilgungsgründen der Strafbarkeit ziehen, sondern blos den politischen Gesichtspunkt gelten lassen, daß dem schon in der Ausführung begriffenen Thäter durch Zusicherung der Straflosigkeit ein wirksamer Antrieb zum Abstehen von der Beendigung der That gegeben werden müsse. Später auf S. 381 bemerkt er indeß: „Auch würde es zu einem Widerspruch führen, wenn man das Strafgesetz auf denjenigen anwenden wollte, der sich durch dasselbe hat abschrecken lassen". Dieß ist jedenfalls von dem Standpunkte der Androhungstheorie ein Rechtsgrund für die Straflosigkeit. Wir glauben übrigens nicht, daß es richtig sey, das nicht freiwillige Abstehen von der Vollendung zu einer Bedingung für die Strafbarkeit des Versuches zu machen, wie es von den meisten Criminalisten geschieht. Auch ist dies nicht blos eine verschiedene theoretische Ansicht, sondern hat practische Folgen, z. B. bei der Frage, was zum Anschuldigungs-Beweise beim Versuch des Verbrechens gehöre, worauf wir weiter Unten zurückkommen werden.

thig sey, welcher durch die That bewiesen hat, daß es bei ihm keiner Strafe zur Erzwingung einer rechtlichen Willensbestimmung bedürfe. Indessen finden wir doch, daß meistens von den Anhängern dieser beiden Theorien die Straflosigkeit des freiwilligen Abstehens von der Vollendung geleugnet, und daß nur eine Milderung der Strafe für zulässig erklärt wird. So will z. B. Lelièvre, welcher der Theorie von der Aufhebung des idealen Schadens durch die Strafe ergeben ist, die gänzliche Straflosigkeit nicht billigen und behauptet, daß wenigstens eine correctionelle Bestrafung eintreten müsse [1]), während Klein, welcher durch die Strafe auch den durch die Begehung des Verbrechens in Andern erzeugten Reiz aufheben will, den aus eigener Bewegung von der Ausführung des Verbrechens Abstehenden, der zugleich solche Anstalten trifft, wodurch der Eintritt der gesetzwidrigen Wirkung gehindert wird, zwar nicht für ganz(?) straffrei erachtet, jedoch es zugleich für rathsam erklärt, dem reuigen Verbrecher zu einer gänzlichen Begnadigung gegründete Hoffnung zu machen [2]). Man sieht, daß Klein nach Rechtsgründen eine Strafe für nothwendig, jedoch aus politischen Rücksichten die Straflosigkeit für zweckmäßig gehalten hat, diese aber nicht als ein wirkliches Recht hat zusichern wollen. Auch hier stimmt Klein fast wörtlich mit dem Preußischen Landrechte überein.

§. 258.

Unter den Präventionisten erklärt sich ausdrücklich von Grolman [3]) und Tittmann [4]), letzterer ganz ohne nähere Begründung, für die Nothwendigkeit einer

1) Lelièvre de conat. delinq. p. 342—351.
2) Klein, peinl. Recht §. 153.
3) Grundsätze der Strafrechtswissenschaft. §. 169.
4) Hdb. der Strafrswiss. Bd. I. §. 98.

Bestrafung, die aber allerdings eine mildere als bei einem wider den Willen des Thäters unterbrochenen Versuche seyn soll. Ausführlicher spricht sich aber Kleinschrod[1]) mit Rücksicht auf die allgemeinen Grundsätze des Strafrechts darüber aus. „Sobald Jemand, sagt er, sich eine Missethat vornahm und sich dabei thätig zeigte, so sind seine Handlungen strafbar, wenn er auch von der Vollendung der Hauptthat abstand. Denn der vorsätzliche Anfang eines Verbrechens ist wirklich ein Vergehen gegen die Strafgesetze, also auch strafbar. Wenn man ungestraft den Versuch eines Verbrechens wagen darf, so werden es mehrere unternehmen. Aber es wird nicht immer Versuch bleiben. Denn wenn man einmal eine That angefangen hat, so wird man in tausend Umstände verwickelt, ohne daß man sich immer losreißen kann. Der Versuch wird also oft in Vollendung übergehen und so allmählich der Damm durchbrochen werden, den die Gesetze mit so vieler Mühe gebaut haben. Jener also, der vom Versuche auch freiwillig absteht, muß sowohl wegen seiner selbst, als auch wegen Anderer gestraft werden. Er zeigt durch sein Attentat, daß sein Gehorsam gegen die Gesetze nicht fest genug ist, daß er sie überschreiten würde, wenn er mehr Muth hätte. Er muß also durch Strafe gewarnt, in seiner Ehrfurcht gegen die Gesetze gestärkt und seine aufkeimende Lust zu Verbrechen erstickt werden. Und dieses Opfer ist er auch seinen Mitmenschen schuldig. Denn er hat durch sein Attentat ihre Begierde zu bösen Thaten geweckt; also muß auch seine Strafe sie belehren, daß man nicht einmal die Ueberschreitung eines Gesetzes versuchen dürfe. Uebrigens folgt es aus der Natur der Sache, — daß der Versuch lange nicht so strafbar ist, wenn er aus freiem Willen unvollendet blieb, als wenn der Grund der Nichtvollendung in einem andern Umstande als dem Willen

1) Systemat. Entwick. der Grdbegr. des peinl. Rs. 1. §. 42.

des Handelnden liegt". — Allein man sieht leicht ein, daß die von Kleinschrod für die Strafbarkeit eines solchen Versuches angeführten Gründe theils nur die Nothwendigkeit einer Bestrafung des verbrecherischen Versuches überhaupt beweisen, theils auf einer unrichtigen Würdigung der Bedeutung des freiwilligen Abstehens von der Vollendung beruhen. Denn wenn es auch zuzugeben ist, daß der Thäter in einem solchen Falle den Beweis geliefert hat, sein Gehorsam gegen die Gesetze sey nicht stark genug, um die Uebertretung eines Gesetzes auch nicht einmal zu beginnen, so liegt doch eben darin, daß er nicht Muth genug hatte, um die That zu vollenden, oder aus einer andern Ursache freiwillig die Vollendung unterließ, der hinreichende Grund für die Straflosigkeit. Der Versuch erscheint ja offenbar nur in Beziehung auf die Vollendung oder nur deshalb als strafbar, weil er nach der Absicht des Thäters die Vollendung im Gefolge haben sollte, so daß also dieser Grund für die Strafbarkeit ganz wegfällt, sobald der Thäter diese Absicht aufgiebt und noch nichts gethan hat, was als eine Uebertretung eines Gesetzes für sich betrachtet werden könnte[1]).

§. 259.

Es steht hiernach also fest, daß die Straflosigkeit des freiwilligen Abstehens von der Vollendung aus dem Rechtsgrunde der Versuchsstrafe selbst sich ergebe. Daneben muß sie aber auch, wenn man die Frage von dem Standpunkte der Criminal-Politik aus betrachtet, als höchst zweckmäßig erachtet werden. Denn wenn es gewiß als eine, an eine weise Gesetzgebung zu stellende Forderung betrach-

1) Eine Zusammenstellung und resp. Widerlegung der von Grolman u. A. angeführten Gründe gegen die Straflosigkeit enthält auch Hiddema Jongsma in der cit. Abhandl. S. 80 ff.

tet werden kann, daß sie theils durch ihre eigenen Strafdrohungen nicht die Antriebe zu Verbrechen vermehren dürfe, theils aber auch die aus der Natur des Menschen geschöpften Erfahrungen zur Verhinderung der Verbrechen benutzen und die Motive zur Unterlassung verbrecherischer Handlungen möglichst vermehren müsse, so liegt am Tage, daß nichts so sehr dazu geeignet seyn könne, den Verbrecher zum Anhalten und Umkehren auf der verbrecherischen Bahn zu bestimmen, als die für das freiwillige Abstehen zugesicherte Straflosigkeit[1]). Anderer Seits wird man aber auch nicht ohne Grund behaupten können, daß in der Erklärung des Gesetzgebers, der Handelnde bleibe ungeachtet des freiwilligen Abstehens dennoch strafbar, für diesen ein wirksames Motiv liegen würde, das Verbrechen zur Vollendung zu bringen. Daß dieß da, wo die Gesetzgebung, wie z. B. in Frankreich, den Versuch an Strafbarkeit der Vollendung gleichstellt, in hohem Maaße der Fall seyn würde, liegt so klar vor Augen, daß es keines weitern Beweises bedarf. Aber auch dann, wenn die Gesetze von dem richtigern Principe der geringern Strafbarkeit des Versuches ausgegangen sind, wird man, sobald man die eigenthümliche Lage des Verbrechers und die menschliche Natur richtig würdigt, einsehen müssen, daß für jenen in der unvermeidlichen Versuchsstrafe ein Bestimmungsgrund für die Vollendung des Delicts liegen könne[2]). Denn in dem Augenblicke, wo vielleicht der Verbrecher mit sich selbst zu Rathe geht, ob er das Verbrechen vollenden oder davon abstehen solle, wird leicht der Gedanke, daß er sich nun doch einmal strafbar gemacht habe, ihn bestimmen, das Mehr oder Weniger nicht in Anschlag zu bringen

1) Feuerbach Kritik des Kleinschrod. Entw. Th. II. S. 103. — Anmerkungen zum Baier. Strafgesetzb. Th. I. S. 181.

2) Bauer Anmerkungen zum Hannov. Entw. I. S. 384. 385.

und das Verbrechen zu vollenden[1]). Auf diese Weise wird der Staat, wenn er auch den freiwillig Abstehenden noch mit Strafe bedroht, anstatt Diejenigen zu schützen, gegen welche das Verbrechen gerichtet war, die Gefahr der Verletzung vergrößern und Denjenigen, welchen nur Leichtsinn, Unüberlegtheit und ein augenblickliches Aufwallen der Leidenschaft zum Versuche bestimmte, dessen Gemüth aber noch für die Eindrücke der Reue empfänglich war, und der vielleicht den mit der Bestrafung verbundenen Verlust seiner Ehre mehr fürchtet, als das Uebel der Strafe selbst, wenn jene nicht mehr zu retten ist, auf der Bahn des Verbrechens fortreißen[2]). Vielleicht könnte man aber noch

1) A. M. ist Hepp Versuche üb. einzelne Theile der Strafrew. S. 316, welcher diesen politischen Grund nicht gelten lassen will. Er hält es für einen psychologischen Irrthum, daß sich der Thäter durch die unvermeidliche Strafe zur Vollendung werde bestimmen lassen, und glaubt, daß auch ein juridischer, auf einer Verwechselung der geringern Strafbarkeit mit gänzlicher Straflosigkeit beruhender Irrthum zu Grunde liege. Vergl. auch Lelièvre de conatu delinquendi p. 346.

2) Rossi Traité de droit pénal. Livr. II. Chap. XXXII. macht nächst der Beachtung, die die Reue an und für sich verdiene, noch folgende Gründe geltend: „Souvent même la tentative volontairement suspendue demeure inconnue aux individus qu'elle menaçait. Les officiers publics qui auraient à coeur de la révéler et de la poursuivre, se livreraient par cela seul à des recherches inquisitoriales; ils porteraient, sans motif suffisant, pour un fait très peu dangereux, le trouble au sein de la paix, l'alarme où règne la sécurité. — Et que présenteraient-ils à la justice pour ses décisions? Des faits qui, étant demeurés incomplets, sont d'une appréciation difficile et offrent toujours quelques chances d'inexactitude et d'erreur. On ne doit pas, sans nécessité, augmenter les dangers de la justice humaine". Rossi erörtert dann weiter, wie die Straflosigkeit par la raison législative gefordert werde. „Car il importe aux individus et à la societé qui a le devoir de les protéger, d'arrêter le crime dans son cours, de fa-

sagen, daß der gesetzliche Ausspruch der Straflosigkeit deshalb noch nicht nothwendig sey, weil man dieselben Zwecke auch dadurch erreichen könne, daß man dem freiwillig Abstehenden in dem Gesetze selbst Hoffnung auf Begnadigung mache. Allein theils würde man hierbei vergessen, daß die Straflosigkeit auch durch den Rechtsgrund der Strafe selbst geboten wird und daß man eine Forderung des Rechts nicht in ein Geschenk der Gnade verwandeln dürfe, theils wird die Aussicht auf eine unsichere, von mancherlei Zufälligkeiten abhängige Begnadigung, welche in der Regel nur nach einer den Thäter schreckenden peinlichen Procedur eintreten wird und immer den Vorwurf einer begangenen strafbaren Handlung involvirt, dem gesetzlichen Ausspruch der Straflosigkeit durchaus nicht gleichgestellt werden können.

§. 260.

III. Erörterung einzelner Fragen.

Nach der Betrachtung der Straflosigkeit des Versuches mit freiwillig unterlassener Vollendung im Allgemeinen ist es nothwendig, einzelne dabei entstehende Fragen einer besondern Erörterung zu unterwerfen. Diese sind: A. Ob etwas auf das Motiv für die unterlassene Vollendung, oder die Beschaffenheit der Sinnesänderung ankomme? B. Ob die Straflosigkeit bei allen Arten des Versuches eintreten könne? C. Ob die Sinnesänderung auch in eine äußere, dieselbe bekundende, dem bisherigen gesetzwidrigen Handeln

voriser le désistement volontaire. Une sanction pénale quelconque contre la tentative abandonnée seraitan contraire un aiguillon. L'interruption spontanée du crime est souvent le fait d'un homme encore sensible à l'honneur ou à la pitié. Mais qu'on place devant ses yeux le spectacle d'un procès criminel, qu'on frappe à l'avance ses oreilles de tout le bruit d'une procédure; la pitié saura se taire et l'honneur sentira que déjà il est perdu".

entgegengesetzte Thätigkeit übergegangen seyn müsse?[1])
D. Ob und inwiefern die Straflosigkeit des Versuches aus diesem Grunde auch beim Anstifter und nicht blos beim physischen Urheber des Verbrechens, oder dem Thäter, eintreten könne?

§. 261.

Was zunächst die Frage betrifft, ob etwas auf das Motiv für die unterlassene Vollendung ankomme? so wird dieselbe mit Recht verneint, und es ist demnach allerdings einerlei, ob die unterlassene Vollendung die Folge wahrer innerer Reue oder der Furcht vor der Strafe ist, und ob beide von selbst im Thäter wirksam geworden sind, oder eine äußere Veranlassung gehabt haben. Denn die Straflosigkeit der freiwillig unterlassenen Vollendung soll nicht eine Belohnung der moralischen Besserung seyn, worauf überdieß nach den Gesetzen der Moral nicht einmal ein Anspruch auf Belohnung gegründet werden könnte, sondern ist, wie wir gesehen haben, die nothwendige Folge des aufgegebenen bösen Willens und des Wegfallens des Rechtsgrundes der bürgerlichen Strafe, welche ja auch in ihrer Zufügung nicht davon abhängig ist, daß das Verbrechen aus einem an sich verwerflichen Motive hervorgegangen sey. Aber auch dann, wenn wir auf den politischen Grund für die Straflosigkeit Rücksicht nehmen, wird die Beschaffenheit des Motivs und die Veranlassung dazu keinen Unterschied begründen können[2]) und das Gesetz würde allerdings mit sich selbst in Widerspruch gerathen, wenn es da, wo es durch die erregte Furcht vor der

1) Man kann den Inhalt dieser Fragen auch in die Form von Bedingungen für die Straflosigkeit bringen, wie es von Bauer Anmerk. zum Hannov. Entw. Th. I. S. 381 ff. geschehen ist.

2) Vergl. Rossi Traité de droit pénal. Livr. II. Chap. XXXII.

Strafe wirksam gewesen ist, dennoch strafen wollte[1]). Ja die Androhungstheorien würden sogar gegen den von ihnen aufgestellten Rechtsgrund der Strafe fehlen, wenn sie in diesem Falle die Straflosigkeit nicht anerkennen wollten[2]). Am zweifelhaftesten kann aber die Frage erscheinen, ob Straflosigkeit auch dann anzunehmen sey, wenn der Thäter die Vollendung unterläßt, weil durch ein zufälliges Ereigniß, z. B. durch ein plötzlich entstandenes Geräusch die Meinung in ihm erregt wird, er werde, wenn er nicht ablasse, auf der Stelle entdeckt und ergriffen werden; z. B. Diebe sind im Begriff, in ein Haus einzusteigen[3]), hören aber in der Nähe Menschenstimmen und laufen davon. Für die Straflosigkeit scheint hier zu sprechen, daß, wenn einmal eine Willensänderung vorliegt, der Richter nicht danach zu fragen habe, aus welchem Grunde sie erfolgte[4]). Wolle man hier deshalb keine Tilgung der Strafbarkeit annehmen, weil die Willensänderung in einer äußern zufälligen Veranlassung ihren Grund habe, so müsse man sich auf die von selbst entstandene Reue beschränken, denn die Furcht vor der Strafe werde meistens erst durch eine äußere Veranlassung erzeugt. — Gegen die Straflosigkeit könnte man anführen: Derjenige, welcher blos vermöge

1) Bauer Anmerk. zum Hannov. Entw. I. S. 381.

2) Doch sagt auch Henke Handb. des Criminalrs. Bd. I. S. 258. (mit Feuerbach): „Es wäre ja ein Widerspruch der strafenden Gerechtigkeit mit sich selbst, wenn sie denjenigen strafen wollte, der durch sie abgeschreckt, die begonnene That unterläßt".

3) Diese Frage kam einmal in Frankreich zur Sprache, aber nicht zur Entscheidung, weil die Geschwornen annahmen, es sey in dem vorliegenden Falle noch kein Anfang der Ausführung vorhanden. Vergl. Lelièvre de conat. delinq. p. 233—237. Darauf, ob schon Anfang der Ausführung vorliege oder nicht, ist natürlich auch bei uns vor allen Dingen zu sehen.

4) Lelièvre de conatu delinq. p. 233 ff. Rossi Traité de droit pénal. l. c.

einer von Außen kommenden Störung den verbrecherischen Entschluß aufgebe, sey nicht sehr verschieden von Demjenigen, welcher wirklich durch einen Zufall an der Vollendung gehindert werde. Auch bei dem letztern könne nun der Wille das Verbrechen zu vollenden aufhören, dieß komme aber nicht in Betracht, wenn er sich nicht mehr in der Lage befand, durch eine Unterlassung oder Handlung seinen geänderten Willen zu erkennen zu geben. Sobald z. B. der Dieb, der wirklich von dem Bestohlnen oder andern Personen bemerkt und mit einem Angriff bedroht wurde, davon laufe, so werde man doch nicht sagen, daß sein Versuch wegen freiwillig unterlassener Vollendung straflos werde. Zwischen ihm und Demjenigen, welcher nur durch ein zufällig entstandenes Geräusch geschreckt werde, sey aber kein wahrer Unterschied. Die Meinung, daß ein Hinderniß eintrete, müsse hier, wo es blos auf die Beurtheilung des bösen Willens ankomme, dem wirklich dazwischen tretenden Hinderniß gleichgestellt werden.

§. 262.

Es ist in der That schwierig, über diese Frage eine sichere und durchgreifende Entscheidung zu geben. Denn die Gründe für die eine und die andere Ansicht scheinen gleich gewichtig zu seyn! Indessen dürfte wohl weder die eine, noch die andere Meinung unbedingt adoptirt werden können, und wir glauben, daß es mehr eine vom Richter zu beurtheilende quaestio facti sey, ob eine wirkliche Willensänderung angenommen werden könne oder nicht? Zuvörderst ist nämlich der im §. 251 angedeutete Unterschied zwischen einem gänzlichen Aufgeben des verbrecherischen Willens und dem bloßen Aufschieben der Ausführung nicht unberücksichtigt zu lassen. Zwar behaupten Manche, daß eine solche Unterscheidung nicht gemacht werden dürfe, und insbesondere sagt Rossi a. a. O.: „A la

vérité, le désistement peut dériver de motifs divers; il peut être l'effet d'un retour à la justice, ou celui de la crainte, d'une crainte réveillée par la timidité naturelle de l'agent, ou par des circonstances extérieures; il peut consister dans l'abandon absolu du projet criminel, ou dans son ajournement à un moment plus favorable. Dans tous ces cas, la tentative doit demeurer également impunie; car la justice humaine ne doit pas fouiller dans l'intérieur de la pensée, elle n'en a point les moyens; elle ne le pourrait sans s'exposer à trop d'erreurs; — — on manquerait par cette mesure les avantages résultant de l'impunité de la tentative abandonnée". Allein diese Gründe können nicht als überzeugend betrachtet werden. Der Satz, daß der bürgerliche Richter nicht in das Innere eindringen könne, ist in diesem Umfange nicht richtig. Wie oft muß, abgesehen von der Aussage des Thäters über die Beschaffenheit seiner Willensbestimmung, aus den äußern Umständen der That auf das Innere geschlossen werden, obgleich hierbei ein Irrthum immer möglich bleibt? Und wie will man behaupten, daß die Vortheile der Straflosigkeit der freiwillig unterlassenen Vollendung verloren giengen, wenn das Gesetz, und gewiß mit Recht verlangt, daß der Verbrecher gänzlich von der Vollendung abgestanden sey? Kann wohl bei einer Fortdauer des verbrecherischen Willens und bei einer Sinnesänderung, die sich nur auf die Zeit und Art der Ausführung bezieht, von dem Rechtsgrunde für die Straflosigkeit des freiwilligen Abstehens von der Vollendung die Rede seyn, und kann die etwaige Schwierigkeit des Beweises das Recht selbst bestimmen? Ist dieß aber nicht der Fall, so müssen wir uns zu der, wie wir sehen werden, auch gesetzlich bestätigten Ansicht bekennen, daß der Thäter, wenn er die Ausführung zufolge seines Geständnisses oder anderer Beweise blos aufge-

schoben hat, auf Straflosigkeit keinen Anspruch machen könne[1]). — Ferner ist bei der Entscheidung der obigen Frage nicht unberücksichtigt zu lassen, ob bei dem Thäter durch die zufällige Störung blos die Furcht vor der Strafe oder eine Regung des Gewissens erzeugt wurde, oder ob er zugleich meinte, daß er nun das Verbrechen gar nicht vollenden könne; und ob er ferner sich blos auf das Unterlassen der noch erforderlichen Handlungen beschränkt, oder zugleich etwas gethan hat, um der Wirkung der schon vorgenommenen Acte zu begegnen, oder dieselbe zu hindern. Hiernach wird der Richter entscheiden müssen, ob ein gänzliches Abstehen vom Versuche, oder ein bloses Aufschieben der Ausführung anzunehmen sey, und für letzteres dürfte bei einer solchen zufälligen Störung so lange eine factische Vermuthung streiten, bis sich aus gewissen Thatsachen,

1) Für die Strafbarkeit des blosen Aufschiebens sind daher auch mit Recht: Bauer Anmerk. zum Hannov. Entw. I. S. 384. Henke Handb. des Criminalrs. Bd. I. S. 258. Vergl. auch: Anmerkungen zum Strafgesetzb. für das Königr. Baiern Bd. I. S. 182. Hepp im Archiv 1836. S. 253. Dagegen können wir nicht billigen, was Bauer a. a. O. sagt, daß der Versuch auch dann strafbar bleibe, wenn der Thäter das Unternehmen nur in der Maaße, wie er es begonnen habe, aufgebe, indem er z. B. seine Thätigkeit, anstatt der früher beabsichtigten größeren Verletzung, nur auf eine geringere richte. Offenbar müssen wir hier unterscheiden, ob sich mit der Größe der beabsichtigten Verletzung der Begriff des Verbrechens ändert oder nicht. Wenn also z. B. Jemand, dessen Absicht darauf gerichtet war, einen ganzen Ort in Asche zu legen, statt der anfangs gewollten größern Verletzung, sich mit der Feueranlegung an einer und zwar weniger gefährlichen Stelle begnügt, so wird er natürlich immer noch wegen Versuchs der Brandstiftung bestraft werden müssen. Wenn aber Jemand, der tödten wollte, seine Absicht dann auf eine blose Verwundung richtet, so wird der Versuch der Tödtung dadurch nothwendig straflos und es bleibt nur ein Versuch der Körperverletzung zu bestrafen übrig.

z. B. daraus, daß der Thäter sich überzeugt hatte, daß aus dem entstandenen Lärm u. s. w. ihm keine Gefahr drohe, und er die Vollendung dennoch unterließ, ergiebt, daß es wirklich ein freiwilliges und gänzliches Abstehen von der Vollziehung des Verbrechens sey.

§. 263.

Bei der zweiten der im §. 260 angedeuteten Fragen: Ob die Straflosigkeit bei allen Arten des Versuches eintreten könne? macht sich insbesondere eine Erörterung darüber nothwendig, ob auch bei dem s. g. beendigten Versuche, dem conatus proximus der älteren, und delictum perfectum neuerer Juristen, ein, Straflosigkeit bewirkender Rücktritt möglich sey? Von Manchen wird dieß verneint, und man kann sich nicht wundern, wenn es von französischen und italiänischen Juristen geschieht, die das délit manqué oder delitto mancato ganz vom Gebiete des Versuches ausschließen und davon ausgehen, daß nur bei dem letztern eine Willensänderung noch möglich sey [1]). Dagegen ist kein Grund einzusehen, warum Bauer [2]) unter den Bedingungen der Straflosigkeit des freiwilligen Rücktritts auch hervorhebt, daß der Handelnde vor Beendigung des Versuches zurückgetreten seyn müsse. Nur das vollendete Verbrechen bildet ein abgeschlossenes Ganze, wobei die Willensänderung des Thäters nichts mehr rückgängig machen kann. Denken wir uns dagegen in die Lage Desjenigen, der zwar die Handlung beendigt hat, durch welche das Verbrechen hervorgebracht werden sollte, der aber zugleich sieht, daß der bezweckte Erfolg noch nicht eingetreten sey, und das Bewußtseyn hat, daß

1) Rossi Traité de droit pénal Livr. II. Chap. XXIX. Vergl. Oben S. 42. Not. 2. Romagnosi, genesi del diritto penale. vergl. oben S. 39. Not. 1. a. E.

2) Anmerk. zum Hannov. Entw. I. S. 381.

es in seiner Macht stehe, jenen Erfolg noch hervorzubringen, der aber nun dennoch aus Reue oder aus Furcht vor der Strafe entweder die in seiner Willkühr stehende weitere Thätigkeit unterläßt, oder durch entgegengesetztes Handeln seine Willensänderung deutlich zu erkennen giebt, — müssen wir ihn nicht auf gleiche Stufe stellen mit Demjenigen, welcher bei einem unbeendigten Versuche stehen geblieben ist? Wir glauben, daß auch bei ihm alle Gründe des Rechts und der Politik für die Straflosigkeit sprechen und daß es gerade hier von besonderer Wichtigkeit sey, daß das Gesetz durch die Zusicherung der Straflosigkeit die in der Willkühr des Thäters liegende Vollendung zu verhindern suche, wobei es sich indeß von selbst versteht, daß, wenn das, was der Thäter vorgenommen hat, abgesehen von der weiter gehenden verbrecherischen Absicht, schon an sich eine strafbare Handlung ist, oder ein nach der Terminologie der Neuern s. g. qualificirter Versuch vorliegt[1]), die Sinnesänderung nicht so viel wirken könne, um auch die Straflosigkeit der, unter den Begriff eines vollendeten Verbrechens zu subsumirenden Handlung heibeizuführen. Wenn also z. B. Jemand, nachdem er die gelegten Brennmaterialien angezündet hat, dieselben aus eigenem Antriebe wieder auslöscht, bevor noch die anzuzündende Sache Flamme gegeben oder das Feuer zum Ausbruch gekommen ist, der ist, wie auch der Hannov. Entw. Art. 194. No. I. mit Recht anerkennt[2]), für straffrei zu

1) Vergl. darüber Th. I. §. 140.

2) Wäre die von Bauer aufgestellte Bedingung, daß der Versuch ein nicht beendigter seyn müsse, wie sie auch der Art. 39 des Entwurfes enthält, in der Natur der Sache begründet, so ließe sich gar nicht einsehen, warum sie nicht auch beim Verbrechen der Brandstiftung zur Anwendung kommen solle. Der Satz: exceptio confirmat regulam, paßt hier auf keine Weise. Im Gegentheil dürfte aus dieser Ausnahme, für welche sich kein besonderer Grund denken läßt, die Unrichtigkeit

achten. Wenn dagegen Jemand einen Andern in mörderischer Absicht angefallen und verwundet hat, jedoch von der noch in seiner Willkühr stehenden Vollbringung des Mordes abgestanden ist, so kann er zwar nicht wegen Versuches des Mordes bestraft werden, allein die Strafe der nicht ungeschehen zu machenden Verwundung, die jetzt in Folge der als annullirt zu betrachtenden tödtlichen Absicht als ein selbstständiges Verbrechen dasteht, ist nichts desto weniger gegen den Thäter zu erkennen[1]). Ein Gleiches dürfte auch eintreten beim Verbrechen der Nothzucht und des Raubes, insofern die verübte Gewaltthätigkeit, auch abgesehen von dem damit verbundenen Zwecke, schon an sich eine strafbare Handlung ist.

§. 264.

Wir leugnen also, daß bei einem beendigten Versuche der freiwillige Rücktritt des Thäters keine Straflosigkeit bewirken könne. Dagegen muß man unbedenklich zugeben, daß die Reue des Thäters nichts fruchten könne, wenn der beendigte Versuch schon die wirkliche und hinreichende Ursache des bezweckten Erfolges enthält, mag dann auch der Thäter vor dem wirklichen Eintritte desselben

der Regel folgen. Zugleich muß noch auf eine andere Inconsequenz aufmerksam gemacht werden. Der Anstifter macht sich nämlich nach Art. 67 des Hann. Entw. und Bauer's Anmerk. Th. I. S. 477 bei einer gelungenen Anstiftung eines beendigten Versuches schuldig. Dessenungeachtet soll auch der Anstifter nach S. 383 durch Zurücknahme des Auftrags u. s. w. straflos werden können. Dieß kann an sich nur gebilligt werden. Wie verträgt es sich aber mit der Bedingung, daß der Handelnde vor Beendigung des Versuches zurückgetreten seyn müsse? —

1) Vergl. die Anmerkungen zum Baier. Strafgesetzb. Th. I. S. 181., wo dieses Beispiel ausdrücklich als im Sinne des Gesetzes liegend, angeführt wird. Ebenso Henke Handb. des Criminalrs. Th. I. S. 259. a. E.

seinen Willen geändert und alles Mögliche zur Abwendung des Erfolges gethan haben[1]). Denn tritt der Erfolg dennoch ein, so ist das Verbrechen consummirt und die Willensänderung zeigte sich zu einer Zeit, wo sie die Vollendung nicht mehr hindern konnte, steht also der nach eingetretenem Erfolge gezeigten Reue gänzlich gleich. Daß hiernach zwei Thäter, die moralisch betrachtet ganz auf gleicher Stufe der Strafbarkeit stehen, auf sehr verschiedene Weise juristisch zu beurtheilen sind, ist freilich wahr, allein auch hier zeigt sich wieder der Einfluß des s. g. Zufalls, der sich nun einmal, ohne daß wir unserem bürgerlichen Strafrechte eine andere, aber unausführbare Grundlage geben, nicht aus dem letzteren verdrängen läßt. Die Anführung von Beispielen zur Erläuterung der Sache dürfte nicht erforderlich seyn; sie bieten sich dem aufmerksamen Leser, namentlich in Beziehung auf das Verbrechen der Tödtung von selbst dar. Auf die besondere Frage aber, wie es zu halten sey, wenn bei einer Anstiftung, ungeachtet des zurückgenommenen Auftrags u. s. w., der Thäter das Verbrechen dennoch ausführt, kommen wir weiter Unten zurück. Was aber diejenigen Verbrechen betrifft, welche durch die blose Handlung des Thäters consummirt werden, so kann bei diesen die Willensänderung nur so lange Straflosigkeit bewirken, als das noch nicht vollständig geschehen ist, was die Gesetze zum Begriffe des Verbrechens verlangen, also z. B. beim Meineide, so lange die Eidesworte noch nicht vollständig gesprochen sind, bei der Fälschung einer Urkunde, so lange davon nicht der beabsichtigte Gebrauch gemacht ist. Es kann nun zwar bei diesen Verbrechen sich ereignen, daß die Willensänderung noch vor Eintritt des durch das Verbrechen beabsichtigten Schadens sich zeigt, daß also z. B. die falsche eidliche

1) Luden über den Versuch des Verbrechens S. 520.

Aussage noch vor dem Urtheile, oder die producirte Urkunde noch vor der Vernehmlassung des Gegners auf die vorgelegten Beweismittel zurückgenommen wird, und man könnte deshalb meinen, daß, da die Gesetze Betrug und Fälschung doch nur mit Rücksicht auf den dadurch bezweckten Nachtheil für Verbrechen erklären, deshalb die Handlung nur als ein Versuch betrachtet und ebenfalls Straflosigkeit des freiwillig zurücktretenden und jeden Schaden dadurch abwendenden Thäters eintreten müsse[1]); allein gewiß mit Unrecht. Denn wenn auch Niemand in Abrede stellen wird, daß in einer solchen, den Schaden abwendenden Willensänderung ein die Strafbarkeit bedeutend mindernder Umstand gefunden werden müsse, so haben doch die Gesetze dadurch, daß sie die absolute Strafbarkeit nicht durch den Eintritt eines Schadens bedingten, deutlich genug zu erkennen gegeben, daß schon die auf die Bewirkung eines Nachtheils absichtlich gerichtete Handlung das vollständige Verbrechen bilde und daß mithin die freiwillige Abwendung des Schadens das als vollendet vorliegende Verbrechen nicht straflos machen könne. Wenigstens wird der Richter, ohne gesetzliche Ermächtigung, die wir übrigens für gewisse Fälle nicht mißbilligen wollen[2]), keine

1) Dies wird in einer übrigens sehr beachtungswerthen, die Anwendung des Art. 58 des baier. Strafgesetzbuches betreffenden Ausführung in den Jahrbüchern von Gönner und Schmidtlein Bd. I. S. 288 ff. behauptet. Es ist und bleibt aber ein Widerspruch, daß das vollendete Verbrechen in gewisser Hinsicht nur als ein Versuch betrachtet werden soll. Das für so schlagend erachtete Beispiel mit dem Räuber, der vor der Wegnahme einer Sache von dem Überwältigten freiwillig abläßt, beweist um so weniger etwas, als die einmal verübte Gewaltthätigkeit auch nach gemeinem Rechte, welches doch die Entwendung einer Sache zur Consummation des Raubes verlangt, durch das Abstehen von letzterem nicht straflos werden kann.

2) Vergl. schon Oben §. 249.

Straflosigkeit, sondern nur eine bedeutend verminderte Strafbarkeit annehmen können.

§. 265.

Die dritte der aufgeworfenen Fragen war: Ob die Sinnesänderung in eine äußere, dieselbe bekundende, dem bisherigen gesetzwidrigen Handeln entgegengesetzte Thätigkeit übergegangen seyn müsse? eine Frage, die wir allenfalls auch so ausdrücken können: Was ist, so lange die Ursache der unterbliebenen Vollendung nicht ermittelt ist, zu vermuthen, daß es mit Willen oder gegen den Willen des Thäters nicht zur Vollendung gekommen sey? Bedarf also der freiwillige Rücktritt, oder die Unterbrechung des Versuches durch Zufall, eines besondern Beweises? Für die Beantwortung dieser Frage ist es nun, wie schon gelegentlich angedeutet worden ist, von besonderer Bedeutung, ob wir den freiwilligen Rücktritt als einen Tilgungsgrund der Strafbarkeit des Versuches betrachten, oder es zu den Bedingungen der Strafbarkeit zählen, daß der Thäter gegen oder wider seinen Willen an der Vollendung des Verbrechens gehindert worden sey. Denn wenn wir auch davon ausgehen, daß eine bestimmte Vertheilung der Beweislast dem Geiste unseres Strafprocesses fremd sey, so ist es doch unzweifelhaft, daß die Unterscheidung zwischen Anschuldigungs- und Entschuldigungs-Beweis immer von hoher Bedeutung bleibe, insofern es nämlich keiner Entschuldigung bedarf, wenn die zum Anschuldigungs-Beweise gehörigen Thatsachen nicht vollständig erwiesen sind und als, die Vollständigkeit des Anschuldigungs-Beweises vorausgesetzt, nicht verlangt werden kann, daß ein positiver Beweis der Nichtexistenz der zum Entschuldigungs-Beweise gehörigen Thatsachen geliefert werde, sondern es vielmehr genug ist, daß sich bei der, nicht einseitig auf den An-

schuldigungs-Beweis gerichteten Untersuchung keine Beweisgründe für einen entschuldigenden Umstand ergeben haben. Wenn nun zum Anschuldigungs-Beweise alle Thatsachen gehören, welche die Anwendung der gesetzlichen Strafe positiv bedingen [1]), so ergiebt sich für unsere Frage von selbst das Resultat: Ist die gegen den Willen des Thäters unterbliebene Vollendung eine Bedingung für die Strafbarkeit des Versuches, so muß dieser Umstand als ein Theil des Anschuldigungs-Beweises betrachtet, mithin gegen den Angeschuldigten positiv dargethan werden, daß sein Versuch nur durch Umstände, die von seinem Willen unabhängig waren, unterbrochen worden sey.

§. 266.

Dieß ist es aber gerade, was wir glauben in Abrede stellen zu müssen, und wir halten vielmehr an der Ansicht fest, daß sich die Willensänderung des Thäters aus besondern, dieselbe bekundenden Thatsachen bei der Untersuchung der Sache ergeben müsse, ohne damit natürlich die Behauptung zu verbinden, daß der Angeschuldigte sich ausdrücklich auf diese Umstände berufen müsse, oder der Richter nur unter Voraussetzung einer solchen Berufung nach dergleichen Thatsachen zu forschen habe. Denn dieß würde mit dem Grundprincipe des Strafprocesses, dem Streben nach materieller Wahrheit und der Ausschließung des Verzichtes im Widerspruch stehen. Dieß liegt aber auch gar nicht in der Behauptung, daß kein positiver Beweis dafür verlangt werden könne, daß der Thäter nur durch zufällige Umstände an der Vollendung gehindert worden sey. Die Richtigkeit derselben ergiebt sich von selbst aus der Erwägung, daß, unter der Voraussetzung des Beweises einer auf Uebertretung des Strafgesetzes ge-

1) Vergl. meine Grundlinien des Strafprocesses. Gött. 1837. S. 184.

richteten Handlung, welche auch die sonstigen Eigenschaften einer strafbaren Versuchshandlung an sich trägt, die Willensänderung offenbar eine neue, des Beweises bedürfende Thatsache ist, welche nicht vermuthet werden kann. Sie kann die Strafbarkeit, wenn sie bewiesen wird, tilgen, kann aber keine Bedingung für dieselbe genannt werden, da die allgemeinen Bedingungen derselben, der Dolus und die demselben entsprechende äußere Thätigkeit schon bewiesen sind. Zwar will Rossi[1]) die Richtigkeit dieser Ansicht nicht zugestehen. Man dürfe, sagt er, von dem Angeklagten nicht den negativen Beweis verlangen, daß es kein zufälliger, von seinem Willen unabhängiger Umstand, oder das Abstehen kein blos temporäres gewesen sey[2]), wodurch man zugleich die Vortheile von der Straflosigkeit solcher Versuche verlieren würde. Er tadelt deshalb das baierische Strafgesetzbuch wegen der Verordnung, daß das freiwillige Abstehen nicht vermuthet werde, und behauptet, es müsse gerade umgekehrt bewiesen werden, daß der Versuch nur durch zufällige Umstände unterbrochen worden sey. Allein diese Gründe würden nur dann von Erheblichkeit seyn, wenn man damit die unrichtige Idee einer bestimmten Vertheilung der Beweislast verbände, und jedenfalls können wir nicht einsehen, wie der Widerspruch gelöst werden soll, in welchen Rossi mit sich selbst geräth, wenn er zu Anfang des cit. Kapi-

1) Traité de droit pénal. Llvr. II. Chap. XXXII. Vergl. auch über eine, (die Nothwendigkeit einer die erfolgte Sinnesänderung aussprechenden äußern Handlung bestreitende) Aeußerung Mittermaiers in seinen Bemerkungen zum Hannov. Entwurf die Anmerkungen von Bauer I. S. 382.

2) Hinsichtlich des blosen Aufschiebens muß man allerdings zugeben, daß, wenn eine das freiwillige Abstehen bekundende Thatsache vorliegt, so lange anzunehmen ist, daß es ein gänzliches gewesen sey, bis wieder aus besondern Beweisen sich das blos temporäre Aufschieben ergiebt.

tels sagt: „La tentative suspendue par son auteur diffère de la tentative manquée ou suspendue par circonstance fortuite, en ce que dans l'une la volonté de l'agent est inconnue, et dans l'autre elle est révélée. Dans la tentative abandonnée, c'est un fait connu et positif que l'auteur a changé de volonté. Dans l'autre, on ignore quel aurait été le mouvement de sa volonté dans l'instant qui a suivi l'événement fortuit, par lequel son action a été interrompue. — — Dans le cas de désistement volontaire nous connaissons un fait de plus, tout en faveur de l'accusé, le changement de volonté, l'abandon spontané de son projet". Also ist doch hier eine Thatsache mehr erforderlich, und wir müssen sie kennen lernen, wenn wir ein freiwilliges Abstehen annehmen sollen! Und doch soll eine Vermuthung dafür streiten?!

Wie sich übrigens die Willensänderung kund gegeben haben müsse, ob durch bloses Unterlassen oder durch ein entgegengesetztes positives Handeln, hängt von der Beschaffenheit der Versuchshandlung ab[1]). Bestand diese nämlich an sich in einer Unterlassung, wie wenn z. B. die Mutter dem Neugebornen in tödtlicher Absicht schon längere Zeit keine Nahrung reichte, oder war durch die verbrecherische Thätigkeit ein Zustand herbeigeführt, in welchem durch die blose Fortwirkung der vom Verbrecher in Bewegung gesetzten Kräfte das Verbrechen ohne sein weiteres Zuthun vollendet werden mußte, wie z. B. wenn der Brandstifter den Materialien schon das Feuer mitgetheilt hatte, oder Jemand einen Andern verwundet hat, der sich verbluten muß, wenn ihm keine Hülfe zu Theil wird, dann ist es natürlich nothwendig, daß die Reue oder Willensänderung sich durch positive auf Erfüllung der obliegenden Pflicht oder Abwendung des zu erwartenden

1) Vergl. Bauer Anmerk. zum Hannov. Entw. I. S. 383.

Erfolges gerichtete Thätigkeit geäußert habe und daß auch wirklich dadurch der rechtswidrige Erfolg abgewendet worden sey. Denn ist diese Thätigkeit eine unvollkommene, und der Erfolg tritt dennoch als Wirkung der Versuchshandlung ein, z. B. der Brandstifter löscht die angezündeten Brennmaterialien nicht vollständig aus, obgleich er es wollte, so muß er den dennoch eingetretenen Erfolg als gewollt vertreten, und man kann nicht sagen, daß er blos wegen culposer Brandstiftung zu bestrafen sey [1]). Etwas Anderes ist es aber, wenn nach eingetretener thätiger Reue der nun nicht gewollte Erfolg nicht als Wirkung der absichtlich erzeugten Ursache erscheint, sondern aus einer andern demnächst vorgenommenen culposen Handlung hervorgegangen ist [2]).

§. 267.

Hiernach läßt sich zugleich über die vierte der im §. 259 aufgestellten Fragen entscheiden: Ob und in wiefern die Straflosigkeit des Versuches wegen Sinnesänderung des Thäters auch bei der s. g. Anstiftung eintreten könne? Hierbei müssen wir die Sinnesänderung auf Seiten des Anstifters und den Einfluß der Reue des physischen Urhebers auf die Strafbarkeit des Anstifters unterscheiden.

Beim Anstifter müssen wir zunächst den Fall einer noch nicht gelungenen Anstiftung hervorheben. Insofern man diese überhaupt als strafbar ansehen kann, wird es doch zur Tilgung der Strafbarkeit als genügend betrachtet werden müssen, wenn der Anstifter in Folge der

1) Vergl. N. Archiv Bd. VI. S. 63., wo in diesem Falle nur eine culpose Brandstiftung angenommen wird, und Hepp im Archiv des Criminalrs. Jahrg. 1836. S. 46, der dieß billigt.

2) Wie z. B. in den Th. I. S. 281 ff. angeführten Fällen materieller Concurrenz.

auf irgend eine Weise kund gemachten Sinnesänderung jede weitere Einwirkung unterläßt, obgleich sich ihm die Gelegenheit dazu darbot. War dagegen die Anstiftung gelungen oder beendigt, dann mußte der Anstifter dem Angestifteten selbst seine Sinnesänderung ausdrücklich erklärt und Dasjenige gethan haben, was nach den Umständen und insbesondere nach Verschiedenheit der intellectuellen Einwirkung zur Abhaltung des Thäters von der Ausführung des Verbrechens erforderlich war, in welcher Hinsicht die Anzeige der Sache bei der Obrigkeit zu einer Zeit, wo diese noch gegen den Thäter einzuschreiten im Stande war, zwar als das sicherste, aber nicht als das einzige Mittel betrachtet werden muß. Führte aber der Thäter das Verbrechen dennoch aus, so kömmt es 1) darauf an, ob er vielleicht von der Sinnesänderung des Anstifters gar keine oder zu späte Kunde erhalten hat. Hier kann dem Anstifter die gezeigte, jedoch unwirksame Reue, mag dies auch in einem unglücklichen Zufalle seinen Grund haben, nichts helfen, ebenso wenig wie die Reue desjenigen in Betracht kömmt, der den tödtlichen Erfolg einer zugefügten Wunde abzuwenden nicht im Stande ist. Ist dagegen 2) der Thäter, vor Beginn der Ausführung von der Willensänderung des Anstifters in Kenntniß gesetzt worden, dann wird die Straflosigkeit des Anstifters, wenn der Thäter das Verbrechen dennoch verübte, davon abhängen, ob man sagen kann, daß die Ausführung des Verbrechens durch den Thäter noch als Folge der intellectuellen Einwirkung zu betrachten sey, oder als ein selbstständiges davon unabhängiges Verbrechen betrachtet werden müsse. Dieß wird aber, wie schon Bauer[1]) richtig bemerkt hat, von der Beschaffenheit der Anstiftung abhängig gemacht werden müssen. Bestand diese nämlich in einem Auftrag, Befehl, Ver-

1) Anmerkungen zum Hannov. Entw. I. S. 283.

sprechen eines Lohnes, einer Drohung, oder Erregung eines Irrthums, so genügt es, wenn der Anstifter diese Handlungen vor Ausführung des Verbrechens ausdrücklich und bestimmt zurückgenommen hat. Denn hiermit ist die Wirkung dieser Ursachen völlig vernichtet und wenn nun der Thäter das Verbrechen dennoch ausführt, so kann dieß nur als die Folge eines neuen, aus einem eigenen Interesse hervorgegangenen Entschlusses, auf dessen Entstehung die Handlung des Anstifters nicht einwirken konnte, betrachtet werden. Ganz anders gestaltet sich dagegen die Sache, wenn die Handlung des Anstifters von Anfang an darauf gerichtet war, dem Thäter durch Erregung einer Leidenschaft, durch Verführung u. s. w. ein eigenes, durch die Verübung des Verbrechens zu befriedigendes Interesse einzuflößen. Hier wird das, ungeachtet einer dazwischen gekommenen ernstlichen Abmahnung durch den Anstifter, vom Thäter dennoch verübte Verbrechen, immer noch als Folge der intellectuellen Einwirkung betrachtet und der Anstifter als intellectueller Urheber bestraft werden müssen. Auch hat schon Feuerbach[1]) gegen die, Straflosigkeit behauptende, ältere Ansicht mit Recht eingewendet, daß dem Anstifter, da er einmal durch seine rechtswidrige Thätigkeit den Willen oder die Neigungen des Andern erregt und dadurch die Entstehung des Verbrechens auf eine schuldvolle Weise veranlaßt habe, das ungeachtet seines Rücktritts verübte Verbrechen jedenfalls zur culpa zugerechnet werden müsse. Nur ist dagegen zu erwägen, daß man dadurch zu der durchaus unzulässigen Annahme einer culposen Anstiftung gelangen würde, die, wenn sie sich auch denken läßt, doch nicht als strafbar betrachtet werden kann[2]). Noch weniger läßt es sich aber rechtfertigen, die Handlung des reuigen An-

1) Kritik des Kleinschrod. Entw. Th. II. S. 144.
2) Vergl. Hepp im Archiv 1836. S. 46.

stifters hier nur als einen Versuch des Verbrechens zu betrachten und zu bestrafen[1]). Denn es bleibt nur die Alternative: Entweder man nimmt noch einen Causalnexus zwischen der Anstiftung und dem vollführten Verbrechen an, und dann kann von keinem Versuche die Rede seyn, oder man findet keinen solchen Zusammenhang, und dann müßte die nur als Versuch zu betrachtende Anstiftung vermöge der gezeigten Willensänderung ganz straflos werden. Das wird übrigens Niemand in Abrede stellen, daß in allen solchen Fällen, wo der Verbrecher (und so auch der Anstifter) wenn auch vergebens bemüht gewesen ist den schädlichen Erfolg seiner Handlung zu verhindern, wegen der dadurch bewiesenen geringern Gefährlichkeit seines Willens, ein bedeutender die Strafbarkeit mindernder Umstand liege, der auch bei der Anwendung bestimmter Strafgesetze als wahrer Milderungsgrund in Betracht kommen muß. Dieß wird auch der verständige Gesetzgeber berücksichtigen und den reuigen Anstifter in einem solchen Falle mit einer bedeutend gelindern Strafe bedrohen, wobei auch nichts dagegen zu erinnern ist, wenn er dabei den Ausdruck gebraucht, daß die Strafe des entfernten oder nicht beendigten Versuches eintreten solle. Nur darf man nicht sagen, in der Handlung des Anstifters könne in einem solchen Falle nur ein solcher Versuch gefunden werden. Auch wird das Gesetz den Anstifter von aller Strafe freisprechen müssen, wenn rechtzeitig bei der Obrigkeit Anzeige von dem bevorstehenden Verbrechen gemacht, und diese den Thäter dennoch nicht an der Ausführung gehindert hat.

§. 268.

Diese Grundsätze müssen auch bei der verwandten Frage zur Anwendung kommen, ob bei einem s. g. Com-

1) Dieß will Hepp a. a. O. S. 54 f.

plotte die Straflosigkeit des darin liegenden Versuches durch Willensänderung der Theilnehmer bewirkt werden könne? Unbedenklich, wenn alle Complottanten sich zum Aufgeben des verbrecherischen Entschlusses vereinigt haben. Wie ist aber der einzelne Theilnehmer zu beurtheilen, welcher den Uebrigen seinen Rücktritt ausdrücklich erklärt hat? Wir glauben, daß er als straflos zu betrachten sey, mögen nun die Uebrigen das Verbrechen zur Ausführung gebracht haben oder nicht, weil seine Theilnahme an sich nur als Versuch erscheint und nach erklärtem Rücktritt, man nicht sagen kann, daß in seiner versprochenen Theilnahme für die übrigen Complottanten ein Bestimmungsgrund zur Verübung des Verbrechens liegen konnte. Man darf daher auch die Straflosigkeit nicht an die schwer zu erfüllende Bedingung des Verrathes seiner Genossen knüpfen [1]). Anders ist jedoch über denjenigen Theilnehmer zu urtheilen, welcher als der Anstifter des Complottes durch Anreizung, Verführung u. s. w. zu betrachten ist; dieser kann sich natürlich blos durch den, den übrigen angezeigten Rücktritt nicht von der Verantwortlichkeit befreien, sondern ist, im Falle die Angestifteten das Verbrechen doch zur Ausführung brachten, immer noch als Urheber desselben, jedoch mit Milderung, zu bestrafen. Hatten dagegen Jene noch gar nichts zur Ausführung des Verbrechens gethan, mögen sie auch gegen ihren Willen daran gehindert worden seyn, so tritt für den ausdrücklich seine Theilnahme Revocirenden, wie überhaupt für den Anstifter in jedem Falle Straflosigkeit ein, wenn der Thäter bei Zurücknahme des Auftrags, Rathes u. s. w. noch gar Nichts zur Vollführung des Verbrechens unternommen hatte.

§. 269.

Was endlich den Einfluß der Sinnesänderung des

1) Vergl. Hepp im Archiv a. a. O.

Angestifteten oder Thäters im engern Sinne betrifft, so kommen in Beziehung auf ihn die Grundsätze über die Straflosigkeit der freiwillig unterlassenen Vollendung ganz ebenso zur Anwendung, wie wenn er das Verbrechen ohne Anstiftung, vermöge eigenen Entschlusses, unternommen hätte. Dagegen kann seine Sinnesänderung auf keine Weise zugleich die Straflosigkeit des Anstifters zur Folge haben. Denn so lange nicht auch von diesem der verbrecherische Wille aufgegeben war, kann man den Umstand, daß das Verbrechen wegen Sinnesänderung des Thäters nicht vollendet wird, nur als eine wider Willen des Anstifters die Consummation hindernde Thatsache betrachten. Dieß ist so einleuchtend, daß es gewiß keines weitern Beweises bedarf. Da sich indeß die Strafbarkeit des Anstifters in objectiver Hinsicht auch nach der Gefährlichkeit der Handlung des Thäters bestimmt[1]), so wird insofern die Reue des Thäters doch nicht ganz ohne Einfluß auf die relative Strafbarkeit des Anstifters bleiben können.

1) S. Oben §. 184. Hepp im Archiv 1836. S. 54.

Zweiter Titel.

Das gemeine positive Recht.

§. 269.

I. Das römische Recht.

Wenden wir uns jetzt zur Betrachtung der Bestimmungen der positiven Rechte, so hat man von jeher behauptet, daß schon das römische Recht die Straflosigkeit des Versuches anerkenne, wenn der Thäter die Vollendung nicht gewollt, oder von der Consummation des Verbrechens freiwillig, insbesondere aus Reue, abgestanden sey. Die Hauptstelle des römischen Rechts, auf welche man sich immer in dieser Hinsicht berufen hat [1]), ist die schon oben [2]) betrachtete Äußerung von Paulus in

L. 19. pr. D. ad L. Corn. de falsis. XLVIII. 10. „Qui falsam monetam percusserint, si id totum formare noluerunt, suffragio justae poenitentiae absolvuntur." [3])

1) Dieß thut schon die Glosse und auch noch Jordan de nonnull. controvers. p. 30. und Hepp im Archiv 1836. S. 251. Wenn sich übrigens Hepp daneben auch auf die L. 21. §. 7. D. de furtis beruft, welche von Demjenigen spricht „qui furti faciendi causa conclave intravit" (vergl. Th. I. S. 140.), so vermögen wir nicht einzusehen, was die Stelle an diesem Orte soll.

2) Th. I. §. 74. S. 124. Vergl. hiermit die ziemlich übereinstimmende Erklärung der Stelle von Luden über den Versuch des Verbr. S. 272.

3) Neben dieser L. 18 cit. nennt die Glosse zum Beleg für die Straflosigkeit des nec voluit auch sonderbarer Weise die L. 5. D.

Die Stelle sagt nun freilich mit klaren Worten, daß Derjenige, welcher die Münzfälschung nicht gänzlich vollenden wollte, aus Rücksicht auf bewiesene Reue freigesprochen werden solle, und sie würde vollkommen beweisen, was man bisher darin gefunden hat, sobald nur erst der Beweis geführt worden wäre, daß der Versuch der Münzfälschung als solcher, wäre die Sinnesänderung des Thäters nicht dazwischen gekommen, nach den Grundsätzen des römischen Strafrechts einer Bestrafung unterlegen hätte. Dies ist aber, wie wir glauben zur Genüge nachgewiesen zu haben, nicht der Fall. Das römische Recht kennt nicht den formellen Gegensatz zwischen Versuch und Vollendung. Es weiß nichts von der Regel, daß der Versuch als solcher peinlich strafbar sey [1]), und konnte daher auch unmöglich zu dem Satze kommen, daß der Versuch durch die Reue des Thäters straflos werde. Denn enthielt die Handlung noch nicht das, was das Gesetz verlangte, oder nach dem practisch feststehenden Begriffe des Verbrechens dazu gehörte, so konnte sie als Versuch des beabsichtig-

ad SCtum Turp. (XLVIII. 16.), worin es heißt: „Quaesitum est, an is qui libello Principi dato, falsum se objecturum minatus est, si non objecisset Turpilliano SCto tenetur? Paulus respondit, verbis SCti Turpilliani eum, de quo quaeritur, non contineri." Die Glosse hat offenbar die Stelle so verstanden, als liege in der Drohung mit einer peinl. Anklage in einem dem Princeps überreichten Libelle das Strafbare, was aber durch die Sinnesänderung (si non objecisset) wieder straflos werde; obgleich doch gerade die Frage darin bestand, ob jener Drohende wegen dieser Sinnesänderung bestraft, also nach dem SCtum Turpill. als ein die Anklage fallenlassender Ankläger betrachtet werden könne? was von Paulus deshalb verneint wird, weil die blose Drohung mit einer Anklage, sei es auch in einem dem Princeps überreichten Libelle, der wirklichen Anstellung, von welcher das Senatusconsult spreche, nicht gleichzustellen sei.

1) S. die Ausführung des 1sten Theiles §. 64 ff.

ten Verbrechens ohnedieß nicht gestraft werden; wohl aber konnte sie möglicher Weise unter den Begriff eines andern Verbrechens fallen[1]). In jener Hinsicht hatte der Thäter gar nicht nöthig, sich auf seine etwaige Reue zu beziehen, in dieser dagegen konnte ihm wegen der vollendeten Gesetzesübertretung die Berufung auf Reue nichts nützen. Wenn also Paulus dennoch sagt: „suffragio justae poenitentiae" würden Diejenigen freigesprochen, welche die Münzfälschung nicht ganz vollenden wollten, so kann dieß nur auf die schon versuchte Weise erklärt werden, daß Paulus, entweder den wahren Entscheidungsgrund zurückhaltend, nur sagen wollte, die Münzfälscher hätten gerade noch zu rechter Zeit die Handlung aufgegeben; denn es würde ihnen, wären sie noch einen Schritt weiter gegangen, die Reue nichts mehr genützt haben; oder daß er vielleicht der Meinung war, wenn auch das percutere falsam monetam, um sie als vollendetes Geldstück in Cours zusetzen, vor der völligen Formation der Münze, den Worten nach schon unter die Lex Cornelia de falsis fallen sollte, so werde doch durch die noch zu rechter Zeit gezeigte Reue der dolus malus, der nach dem Gesetze wesentlich sey, aufgehoben[2]).

§. 270.

Wenn aber diese, anscheinend so unwiderlegliche Stelle, sobald man dabei nicht von einer ganz unbegründeten Voraussetzung ausgeht, das nicht beweist, was sie beweisen soll, so können um so viel weniger die gar nicht einmal von Criminal-Verbrechen redenden, oder nur ein unsicheres Argumentum a contrario darbietenden Stellen die Behauptung begründen, daß die Römer die Reue des Thäters, oder überhaupt dessen Willensänderung für einen

1) Hierher gehört die L. 21. §. 7. D. de furtis.

2) Vergl. auch Lelièvre de conatu delinq. p. 114. 115.

dem Versuche eigenthümlichen Tilgungsgrund der Strafbarkeit gehalten hätten. Zu den Stellen der ersten Art gehört insbesondere die sich auf das verbotene in jus vocare [1]) beziehende

L. 11. D. de in jus vocando (II. 4.), worin es heißt: „Quamvis non adjiciat praetor causa cognita se poenale judicium daturum: tamen Labeo ait, moderandam jurisdictionem: veluti si poeniteat libertum, et actionem remittat, vel si patronus vocatus non venerit, aut si non invitus vocatus sit: licet edicti verba non patiantur".

Allein selbst hier ist die Reue kein besonderer Abwendungsgrund des poenale judicium, welches vielmehr auch in andern Fällen, wo es offenbar wider Willen des libertus nicht zur in jus vocatio gekommen war, wenn gleich sie nach den Worten des prätorischen Edictes: „Parentem patronum etc. — in jus sine permissu meo, ne quis vocet", unter dasselbe fallen würden, zufolge einer restrictiven logischen Interpretation, ausgeschlossen wird [2]), und

1) Noch viel weniger gehört die wohl als Parallel-Stelle angeführte L. 18. D. de jurisd. (II. 1.) hierher. „Si convenerit, ut alius Praetor, quam cujus jurisdictio esset, jus diceret, et priusquam adiretur, mutata voluntas fuerit, procul dubio nemo compelletur ejusmodi conventioni stare".

2) Aehnliche Entscheidungen beziehen sich auf Bestrafung des Patrons wegen rechtswidriger Handlungen gegen den Freigelassenen. So verlor der Patron seine contra tabulas bonorum possessio gegen das Testament des Freigelassenen, wenn er als Volljähriger den Letzteren peinlich angeklagt, oder ihn in die Sclaverei zurückgefordert hatte. L. 14. pr. D. de bonis libertor. (XXXVIII. 2.) „Qui cum major natu esset quam XXV annis libertum capitis accusaverit, aut in servitutem petierit, removetur a contra tabb. bonorum possessione". Dieß wurde aber so verstanden, daß er in beiden Fällen die Klagen bis zur Sentenz fortgesetzt haben müsse. L. 14. cit. §. 8. „Accusasse autem eum dicimus, qui crimina objecit et causam

so sehen wir daher ineinem andern ähnlichen Falle, wo jedoch Dasjenige schon geschehen war, was Wort und Sinn des Gesetzes in sich faßte, eine gerade entgegengesetzte Entscheidung gegeben:

L. 3. D. Quod quisque juris (III. 2.) „Si quis iniquum jus adversus aliquem impetraverit: eo jure utatur ita demum, si per postulationem ejus hoc venerit. Caeterum si ipso non postulante, non coërcetur. Sed si impetravit, sive usus est jure aliquo, sive impetravit, ut uteretur, licet usus non sit, hoc edicto punitur".

Denn es wird Niemand in Abrede stellen können, daß das licet usus non sit insbesondere auch auf den Fall zu beziehen sey, wenn Derjenige, der das novum jus impetrirt hatte, sich desselben nicht bedienen wollte. Hierauf konnte es aber nach dem Sinne des Edictes nicht ankommen. In dem Impetriren lag die Anerkennung des novum jus, die der Impetrant dann auch gegen sich selbst gelten lassen mußte [1]).

§. 271.

Per argumentum a contrario hat man aber hauptsächlich in der auch schon mehrfach betrachteten L. 10. D. ad

perorari usque ad sententiam effecit. Caeterum, si ante quievit, non accusavit; et hoc jure utimur. Sed si appellatione interposita desiit, benigne dicetur, non pertulisse accusationem". L. 16. §. 3. eod. „Petisse in servitutem non videtur, qui ante litem contestatam destitit. Sed etsi post litem contestatam, dicendum est, nec id nocere debere: quia non usque ad sententiam duravit". Mit der L. 14. §. 8. cit. ist übrigens noch L. 10. D. de jure patronatus (XXXVII. 14.) zu vergleichen.

1) So benutzt daher auch schon die Glosse ad L. 5 Cod. de episc. et cler. die L. 3. cit. als Belegstelle zu dem Satze, daß Derjenige, qui ad actum processit et perduxit ad effectum, bestraft werde, „sive utatur, sive non".

L. Pomp. de parricidiis (XLVIII. 9.) wegen der Worte „quamvis non potuerit dare" einen Beweis finden wollen, daß also im entgegengesetzten Falle, „si noluerit dare, quamvis potuerit", die Strafbarkeit wegfalle [1]). Diese Folgerung erscheint aber um so bedenklicher [2]), als dem ganzen Zusammenhange nach, das blose Kaufen des Giftes den Gegensatz zu dem non potuerit dare bildet und der Nachdruck nicht auf dem non potuerit, sondern auf dem dare liegt. Schon das Kaufen des Giftes genügt nach dem Gesetze [3]), und es konnte demnach nichts darauf ankommen, ob das Gift aus irgend einem Grunde nicht eingegeben war, obgleich freilich bei solchen zweifelhaften, oder den Beweis des dolus nicht allein liefernden Handlungen, die Anklage wohl um so schwerer durchgesetzt werden konnte, wenn sich zeigte, daß der Angeklagte, obgleich er Gelegenheit dazu gehabt, von dem Gifte keinen Gebrauch gemacht hatte. — Viel eher ließe sich noch aus einer für diesen Zweck bisher unbeachtet gebliebenen Stelle in des Paulus Sentenzen [4]) ein argumentum a contrario entlehnen:

Paulus Sent. rec. Lib. V. Tit. XXIII. §. 3. „Qui hominem occiderit, aliquando absolvitur: et qui non occidit, ut homicida damnatur. Consilium enim unius cujusque, non factum puniendum est. Ideo-

1) S. vorzügl. Cropp de praecept. juris Rom. circa puniend. conat. Sect. II. p. 80. 94.

2) Vergl. Lelièvre de conat. delinq. p. 117. und Luden über den Versuch des Verbrechens S. 274, der jedoch bei der Widerlegung des Arg. a contr. von der unrichtigen Voraussetzung ausgeht, daß das emere venenum an sich noch nicht unter das Gesetz gefallen sey.

3) S. oben Th. I. §. 68. S. 111. Th. II. S. 5. Not. 2.

4) Die Stelle steht auch in der Collatio LL. Mos. et Rom. Tit. I. §. 7.

que qui, cum vellet occidere, id casu aliquo perpetrare non potuerit, ut homicida punietur".

Allein auch hierdurch soll weiter Nichts ausgedrückt werden, als daß es zur Verwirkung der Strafe nicht auf die Bewirkung des Erfolges ankomme, und keineswegs ist darin indirect der Ausspruch enthalten, daß wenn Jemand wollte und Dasjenige gethan hatte, woran das Gesetz die Strafe knüpft, wie an das cum telo ambulare hominis necandi causa, dann aber seinen Willen änderte, — keine Strafe eintrete.

§. 272.

Es fehlt auch nicht an ausdrücklichen Aussprüchen des römischen Rechts, wonach die Reue oder Willensänderung des Thäters, selbst wenn sie sich in Abwendung oder Wiedergutmachung des beabsichtigten Schadens äußerte, die einmal begründete Strafbarkeit nicht aufhebt, sobald nur Dasjenige geschehen ist, was zum Begriffe des Verbrechens gehört, oder die in dem Gesetze bedrohte Handlung vorliegt. So wird, was zunächst die privata delicta und extraordinaria crimina betrifft, in Beziehung auf das furtum geradezu gesagt, daß die freiwillige Restitution der gestohlnen Sache die furti actio nicht aufhebe. Die Reue komme hier zu spät und könne die einmal begründete Schuld nicht tilgen.

L. 65. D. de furtis. (XLVII. 2.) „Qui ea mente alienum quid contrectavit, ut lucri faceret, tametsi mutato consilio, id domino postea reddidit, fur est. Nemo enim tali peccato poenitentia sua nocens esse desiit"[1]).

1) Die Stelle ist aus Ulpianus lib. I. ad edict. aedil. curul., welcher denselben Entscheidungsgrund für einen andern ebendaselbst vorgetragenen Fall benutzt. „Caelius autem fugitivum esse ait eum, qui ea mente discedat, ne ad dominum redeat:

Ebenso heißt es in Beziehung auf den Raub in

L. 5. D. vi bonor. raptor. (XLVII. 8.) „Non prodest ei, qui vi rapuit, ad evitandam poenam, si ante judicium restituat rem, quam rapuit";

und dasselbe Prinzip liegt auch der schon angeführten L. 3. pr. D. Quod quisque juris (III. 2.) zu Grunde.

Ist dagegen Dasjenige noch nicht geschehen, was zum Begriffe des Verbrechens gehört, oder setzt die Strafbarkeit der Handlung wirklich die Anrichtung eines Schadens voraus, dann wird freilich die aus Reue unterlassene Vollendung oder die freiwillige Abwendung des Schadens Straflosigkeit mit sich führen; nur darf man dabei nicht vergessen, daß sie unter jener Voraussetzung auch ohne Rücksicht auf den Willen des Thäters vorliegen würde. Denken wir uns also, daß Jemand eine Sache in diebischer Absicht blos berührt, aber sich noch nicht zugeeignet hat, so wird natürlich, wenn er das Letztere unterlassen hat, die furti actio nicht Statt finden[1]). Sie ist aber auch nicht begründet, wenn er gegen seinen Willen daran verhindert wurde[2]). Ferner: der s. g. Stellionat setzt eine wirkliche Beeinträchtigung fremder Rechte, eine böswillige Schadenszufügung voraus. Ganz consequent rescribirt daher der Kaiser Alexander in L. 1. Cod. de crimine stellionatus. (IX. 34.):

„Improbum quidem et criminosum fateris, easdem res pluribus pignorasse, dissimulando in posteriore obligatione, quod eaedem aliis pignori tenerentur. Verum securitati tuae consules, si oblato om-

tametsi mutato consilio, ad eum revertatur. Nemo enim tali peccato (inquit) poenitentia sua nocens esse desiit". L. 17. §. 1. D. de aedil. edict. XXI. 1. (Ulpianus lib. I. ad edict. aedil. curul.)

1) L. 21. pr. D. de furtis (XLVII. 2.)

2) L. 21. §. 7. eod.

nibus debito, criminis instituendi causam peremeris";

eine Stelle, die zugleich den Beweis liefert, daß der Versuch, als solcher, gar nicht strafbar war[1]). — Auch kann von der beharrlichen Verweigerung der Restitution eine höhere Strafe abhängig gemacht seyn, wo es sich dann von selbst versteht, daß die freiwillige Zurückgabe diese härtere Folge abwendet[2]).

Aber auch bei den publicis judiciis und den ihnen gleichgestellten Straffällen hat ohne Zweifel als Regel gegolten, daß, wenn die im Gesetze bedrohte Handlung vollkommen vorliege, die Reue oder Willensänderung des Thäters, sollte sie ihn auch von weiteren verbrecherischen Schritten, oder der Benutzung des erlangten Vortheils abgehalten haben, die einmal begründete Strafbarkeit nicht

1) Vergl. Th. 1. §. 87. a. E.

2) Hierher gehört die L. 14. §. 1. D. Quod metus causa. (IV. 2.) „Si quis non restituat, in quadruplum in eum judicium pollicetur. — Satis clementer cum reo praetor egit, ut daret ei restituendi facultatem, si vult poenam evitare". Gar nicht von der Zulässigkeit eines poenale judicium, sondern nur von der für die Usucapion wichtigen Frage, ob die unterschlagene Sache noch res furtiva sey oder nicht, handelt die auch wohl hierher gezogene L. 4. §. 10. D. de usurpat. (XLI. 3.) „Item Labeo, si rem, quam apud te deposueram, lucri faciendi causa vendideris; deinde ex poenitentia redemeris, et eodem statu habeas, sive ignorante me, sive sciente, ea gesta sint, videri in potestatem meam redisse, secundum Proculi sententiam, quae et vera est". Dagegen erkennt die Unwirksamkeit der Reue in Beziehung auf die, aus der Unterschlagung eines Depositums entspringenden Ansprüche des Deponenten ausdrücklich an; L. 1. §. 25. D. depositi (XVI. 3.) „Si rem depositam vendidisti, eamque postea redemisti in causam depositi, etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi: quia semel dolo fecisti, cum venderes".

aufheben könne. Sehr deutlich liegt dieß auch in der L. 8. Cod. ad L. Corn. de falsis (IX. 22.)[1]) ausgesprochen, welche zwar nicht mit ausdrücklichen Worten der Reue gedenkt, aber dem ganzen Zusammenhange nach den Fall vorzüglich vor Augen haben muß, daß sich der Falsarius der gefälschten Codicille, obgleich er es gekonnt, nicht bedient hatte. Denn da nach der Lex Cornelia de falsis die Erzeugung des Falschen zur Verwirkung der gesetzlichen Strafe genügte, so konnte die spätere Willensänderung auf die absolute Strafbarkeit nicht mehr von Einfluß seyn[2]).

§. 273.

Bedenken könnte vielleicht eine vom Verbrechen der Apostasie redende Stelle erregen, welche der Reue auf eine Weise gedenkt, als habe sie zwar überhaupt, jedoch nicht bei diesem Verbrechen, die Wirkung, daß sie Straflosigkeit begründen könne. „Lapsis etenim et errantibus", sagen die Kaiser Valentinianus, Theodosius und Arcadius[3]), „subvenitur, perditis vero, hoc est sanctum baptisma profanantibus, nullo remedio poenitentiae, quae solet aliis criminibus prodesse, succurritur". Allein das Bedenken verschwindet, wenn man erwägt, daß die Kaiser hier gar nicht den juristischen Ein-

1) „Si falsos codicillos ab his contra quos supplicas, factos esse contendis: non ideo accusationem evadere possunt, quod se illis negent uti. Nam illis prodest instrumenti usu abstinere, qui non ipsi falsi machinatores esse dicuntur, et quos periculo solus usus adstrinxerit. Qui autem compositis per scelus codicillis in severitatem Legis Corneliae inciderunt, non possunt defensiones ejus recusando, crimen evitare".

2) Vergl. Luden über den Versuch d. Verbr. S. 273 f.

3) L. 4. in fin. Theod. Cod. de apostatis. (XVI. 7.) L. 3. in fin. Cod. eod. (l. 7.)

fluß der Reue auf die Beurtheilung des Verbrechens durch den Richter bestimmen, sondern den Apostaten selbst jede Hoffnung auf die kaiserliche Begnadigung abschneiden wollen. Dieß ergiebt sich evident aus dem vorhergehenden Satze, welcher mit den Worten beginnt: „Sed nec unquam in statum pristinum revertantur, nec flagitium horum (al. morum) obliterabitur poenitentia". Die Stelle redet also offenbar von der s. g. restitutio ex capite gratiae, welche selbst für unschuldig Verurtheilte nur vom Kaiser erlangt werden konnte [1]). Bei den alia crimina, deren die obige Verordnung gedenkt, haben die Kaiser auch gewiß nicht an alle übrigen Verbrechen gedacht, sondern an andere Verbrechen dieser Art, d. h. Religionsverbrechen. Dieß wird auch dadurch wahrscheinlich, daß in frühern kaiserlichen Constitutionen den Ketzern, Donatisten, Manichäern und andern Sectirern allerdings Verzeihung versprochen wird, wenn sie reuig zum Bekenntniß der wahren Religion zurückkehren [2]), so wie auch den Kindern der im Irrglauben gestorbenen Ketzer, si a paterna pravitate discesserint [3]). Die Kaiser leiten hier die Straflosigkeit mit Recht aus der Natur dieser Verbrecher ab, bei welchen nur das feste Beharren im Irrglauben Strafe verdiene. — Dagegen waren es wohl mehr politische Gründe, insbesondere die Hoffnung da-

1) L. 27. pr. D. de poenis (XLVIII. 19.) L. 1. §. 27. D. de quaest. (XLVIII. 18.) Meine Grundlinien des Crim. Proceß. S. 287.

2) L. 41. Theod. Cod. de haeretic. (XVI. 5.) Auf ähnliche Weise wird auch den Mathematicis, wenn sie bereit seyen, „codicibus erroris proprii sub oculis episcoporum incendio concrematis catholicae religionis cultui fidem tradere", Verzeihung versprochen. L. 10. Cod. de episc. audientia. (I. 4.) cf. Cropp de praecept. jur. Rom. circ. pun. conat. Sect. I. p. 92. Sect. II. p. 48. 49.

3) L. 40. Theod. Cod. eod. L. 4. §. 6. Cod. de haeret. (I. 5.)

durch die Entdeckung des beabsichtigten gefährlichen Verbrechens zu befördern, welche die Kaiser Arcadius und Honorius veranlaßten, die bekannte L. 5. Cod. ad L. Jul. maj. (IX. 8.) mit der Zusicherung zu schließen:

„Sane si quis ex his in exordio initae factionis, studio verae laudis accensus, initam prodiderit factionem, et praemio et honore a nobis donabitur. Is vero qui usus fuerit factione, si vel sero incognita tamen adhuc consiliorum arcana patefecerit, absolutione tantum ac venia dignus habebitur".

Denn wäre hier die Sinnesänderung an sich als ein Rechtsgrund für die Straflosigkeit betrachtet worden, so hätte letztere allen Theilnehmern zugesichert werden müssen, sobald sie ihren verbrecherischen Zweck freiwillig aufgegeben haben würden, und es wäre anderer Seits kein Grund vorhanden gewesen, um Denjenigen, welcher in exordio initae factionis [1]) die Verschwörung entdecken würde, selbst durch Zusicherung von Belohnungen anzuspornen. Insofern kann man aber hier allerdings von einer Ausnahme

1) Der Gegensatz, welcher hier in Absicht auf die Bedingungen der zu hoffenden Belohnung und der blosen Straflosigkeit gemacht wird, ist nicht ganz klar; auch fragt sich, ob die Bestimmung des §. 7. auf alle Theilnehmer an der Verschwörung zu beziehen sey, oder nur auf die im §. 6 erwähnten satellites, conscii ac ministri, auf welche nur das Sane si quis ex his zu gehen scheint. Dann wäre der zu Belohnende ein bloser Mitwisser, oder ein zu untergeordneten Diensten Gedungener, der noch nicht für den Zweck der Verschwornen thätig gewesen ist, wodurch sich der Gegensatz „is qui usus fuerit factione" von selbst bestimmte. Versteht man dagegen die Bestimmung von den wirklichen Theilnehmern oder Complottanten, so müßte vermöge des Gegensatzes „is qui usus fuerit factione" die versprochene Belohnung nicht blos auf den Anfang der Verschwörung überhaupt, sondern auf Jeden bezogen werden, der sogleich nach seiner Aufnahme unter die Verschwornen das Complott entdeckte.

reden, als hier schon der Richter dazu ermächtigt und verpflichtet wird, denjenigen Theilnehmer an der Verschwörung, welcher die aufgestellte Bedingung erfüllt hat, von aller Strafe freizusprechen. Auch darf man nicht unbeachtet lassen, daß die Straflosigkeit des die verbrecherische Verbindung Entdeckenden nicht auf die hochverrätherische Verschwörung zu beschränken ist, sondern von Callistratus auch schon für einen andern Fall als nothwendig aufgestellt wird[1]), so daß sich vielleicht aus dem römischen Rechte der allgemeinere Satz entlehnen ließe, daß jeder Theilnehmer eines verbrecherischen Complottes, welcher seine Genossen verrathe, auf Straflosigkeit Anspruch machen könne.

§. 274.

II. Die Glosse und die italiänischen Practiker[2]).

Obgleich also, nach der bisherigen Ausführung, im römischen Rechte keineswegs die Regel zu finden ist,

1) L. 13. D. de custod. reor. XLVIII. 3. „In eos, qui cum recepti esseut in carcerem conspiraverint, ut ruptis vinculis et effracto carcere evadant, amplius, quam causa, ex qua recepti sunt, reposcit, constituendum est. Quamvis innocentes inveniantur, ex eo crimine, propter quod impacti sunt in carcere: tamen puniendi sunt. Eos vero, qui conspirationem eorum detexerunt, relevandos".

2) Die älteren germanischen Rechte, von welchen in andern Materien zuvor die Rede zu seyn pflegte, bieten keinen Stoff zu einer hierher gehörigen Erörterung dar, was sich um so leichter erklärt, als sie, wie wir gesehen haben, formell ebenfalls keinen Unterschied zwischen Versuch und Vollendung kennen. Wo sie Handlungen, die nach unsern Begriffen blos Versuche sind, bedrohen, behandeln sie sie ganz wie die vollendeten Verbrechen. Von einer durch Willensänderung zu bewirkenden Straflosigkeit ist nirgends eine Andeutung zu finden, man müßte denn das schon Th. I. S. 167 erwähnte Capitulare Karls des Großen wegen der Worte — voluerit et perpetrare non potuerit —

daß der Versuch straflos werde, sobald der Thäter die Vollendung vermöge eigener, freier Willensänderung unterlasse, so hat doch schon die Glosse, so wie sie aus dem römischen Rechte einen allgemeinen Grundsatz über die Strafbarkeit des Versuches ableitete, auch darin den Ausspruch gefunden, daß der Versuch straflos sey, wenn der Thäter die Vollendung nicht wollte. Nachdem sie nämlich unterschieden [1]), ob die Cogitatio zur Handlung geworden sey, oder nicht, und für jenen Fall weiter distinguirt hat, ob der Thäter perduxit ad effectum, aut non perduxit, lehrt sie für dies Letztere, daß es wieder darauf ankomme, ob der Thäter nicht wollte, oder nicht konnte (sc. ad effectum perducere). Sey jenes der Fall, so werde er nicht bestraft, und dieß spreche aus die L. Qui falsam (18.) ad L. Corn. de fals. [2]) und die L. Quaesitum (5.) ff. ad SCtum Turpill. [3]). In dieser Weise finden wir dann auch in den spätern, sich an die Glosse anschließenden, allgemeinen Commentaren über das römische Recht und in den besondern Bearbeitungen des Criminalrechts die Straflosigkeit des die Vollendung Nichtwollenden ganz übereinstimmend anerkannt, wobei in der Regel auch die Frage aufgeworfen und verneint wird, ob der Mandans dadurch straflos werde, daß der Mandatar das aufgetragene Verbrechen aus Reue unvollendet lasse. Belege hierzu liefern die schon früher mitgetheilten Auszüge aus den Schriften des Albertus Gan-

zu einem argumentum a contrario benutzen, wovon aber dasselbe gilt, was über seine Quelle (vergl. Th. II. S. 132. Not. 3.), nämlich des Paulus S. R. V. 23. §. 3, vorhin im §. 271 (S. 275.) gesagt worden ist.

1) Glossa ad L. Si quis non dicam rapere (5.) Cod. de episc. et cler. S. Th. I. S. 96. S. auch Glossa ad L. Qui ea mente ff. de furtis wobei vorzüglich der Einfluß der poenitentia erörtert wird.

2) S. darüber Th. II. §. 269. (S. 270.)

3) Ebendas. Not. 3.

dinus[1]) und Jacobus de Belvisio[2]); ferner Bartolus[3]), Baldus[4]) Angelus nebst Augustinus[5]) und Bonifacius[6]). Unter den spätern Italiänern spricht sich Julius Clarus in der dem Conatus gewidmeten Quaestio gar nicht über die Frage aus[7]). Auch bei der früher aufgeworfenen Frage[8]): An aliquis sit puniendus ex mandato? gedenkt er nicht des Falles, wenn der Mandatar das Verbrechen nicht zur Ausführung gebracht hat[9]). Nur in der Lehre von den Milderungs- und Strafaufhebungsgründen wird von Clarus[10]) die Frage aufgeworfen, wel-

1) Th. I. §. 57.
2) Th. I. §. 58. Bemerkungswerth ist dessen (ebendas. S. 99. Not. 4.) angeführte Aeusserung über diejenigen Delicte, bei welchen schon der actus (ohne effectus) cadit in speciem delicti.
3) Ad L. 19. D. ad L. Corn. de fals.
4) Baldus ad L. 5. Cod. de episc. et cler. Die Darstellung desselben ist insofern hervorzuheben, als er nicht übersieht, daß die Straflosigkeit der Handlung noch dadurch bedingt werde, daß sie nicht schon eine wirkliche Verletzung eines materiellen Rechts enthalte. „— aut — non consummavi, tunc aut quia nolui, et non punior, quod est verum in delictis, in quibus nullus offenditur".
5) Vergl. Luden über den Vers. des Verbr. S. 410. 411.
6) Tract. super maleficiis. Rubr. de poena falsantis monetam.
7) Sentent. Lib. V. §. fin. Qu. 92.
8) Ibid. Qu. 89.
9) Nur in den Additiones des Bajardus ist davon die Rede, daß der Mandans in gravibus delictis ex simplici mandato, nullo effectu secuto, strafbar werde; ebenso der Mandatar durch die blose Annahme. Auch bemerkt Bajardus zur Qu. 91. (über die Strafbarkeit der cogitatio): „Item adde, quod cogitans cum aliquo facto intrinseco, sed antequam ad actus proximiores procederet, si poenituit, non punitur. Et poenitentia praesumitur, quando delictum non est manifestum, quia in occultis sine probatione praesumitur eum poenituisse".
10) §. fin. Qu. 61. No. 21.

chen Einfluß die Reue des Thäters auf dessen Bestrafung ausübe? und richtig unterschieden, ob das Delict schon vollendet sey, oder nicht. Im ersten Falle, sagt Clarus, könne die Reue nicht von der Strafe befreien, ausgenommen beim Verbrechen der Ketzerei. Im zweiten dagegen (ante patratum delictum) müsse unterschieden werden, ob es den Thäter gereut habe, quia facere non potuit; dann werde er nicht entschuldigt, sondern bestraft, ac si perfecisset [1]). „Si vero poenituit, quia non voluit, tunc non in totum exsusatur, sed mitius punitur". Clarus will also auch beim versuchten Verbrechen die Reue nicht als Strafaufhebungs- sondern nur als Milderungsgrund gelten lassen, ohne für diese Theorie eine gesetzliche Begründung zu geben. Nach ihm hat Jac. Menochius in seiner Abhandlung über die Strafbarkeit des Conatus [2]) die Gründe der Nichtvollendung näher erwähnt. Sie können nach ihm bestehen in der Reue des Thäters, in einem factischen Hindernisse und in einem impedimentum juris, wobei er an den Fall denkt, daß die Handlung nach den Gesetzen keine rechtliche Wirkung haben konnte, wie wenn z. B. Jemand eine ungültige Urkunde zu fälschen versucht habe, in welchem Falle der Conatus nicht bestraft werde, weil die Handlung auch in ihrer Vollendung straflos gewesen seyn würde [3]). Bei der Reue hat Menochius den Fall im Auge, daß es noch nicht ad actus proximiores gekommen sey, z. B. es habe Jemand angefangen eine falsche Münze zu machen, aber das Zeichen

1) Menochius de arbitrar. judic. quaestion. Cas. CCCLX.

2) Clarus scheint hier blos das jus commune, d. h. das römische Recht, wie es schon die Glosse verstand, im Auge zu haben, ohne der abändernden generalis consuetudo zu gedenken. Auch fügt er ausdrücklich hinzu: „Quod tamen intellige secundum ea, quae dixi infra Qu. 92".

3) Menochius l. c. No. 18. 19.

noch nicht darauf geschlagen, und nun gereue es ihn. Hier werde er in foro exteriori nicht bestraft, wobei er sich ebenfalls auf die L. qui falsam und die L. qui ea mente D. de furtis beruft[1]), welche letztere Stelle freilich im Gegentheile sagt, daß dem Dieb die Restitution der gestohlnen Sache aus Reue nichts helfen könne[2]). Bei manchen Verbrechen werde aber die Reue nicht beachtet, „ut in crimine apostasiae", nach L. qui sanctam Cod. de apostat.[3]). Nach der Art und Weise, wie sich Menochius über den nächsten, oder beendigten Versuch, „qui in se nomen delicti perfecti habet", ausdrückt, scheint er dabei die Wirksamkeit der Reue ganz auszuschliessen[4]). Auch bemerkt er schon vorher ausdrücklich, daß die Reue nur bei denjenigen Delicten wirksam seyn könne, „ex quorum principio nemo laeditur" wie z. B. der Falschmünzerei und Aehnlichen. Anders sey es, wenn Jemand dadurch verletzt werde, z. B. quando quis alterum insultat et si non occiderit, sed poeniteat facti, attamen punitur", wobei freilich ersichtlich die Frage über die Strafbarkeit der Handlung als selbstständiger Rechtsverletzung, mit der Frage über die Straflosigkeit des Versuches als solchen, verwechselt wird.

§. 275.

Noch ausführlicher handelt Farinacius[5]), nach Erörterung der Strafbarkeit des Versuches, auch von der Frage: Poenitentia in delictis, quando poenitenti suffragetur ad evitandam poenam"? wobei er als Regel an die Spitze stellt: „Quod poenitentia in delictis, etiam

1) Ibidem No. 9—13.
2) S. diese Stelle Oben S. 276.
3) Oben S. 279.
4) Menochius l. c. No. 20.
5) Prosp. Farinacii Praxis et Theor. criminal. Qu. XXIV. Pars III. No. 150 seq.

quod ultra cogitationem fuerit deventum ad aliquem actum, et etiam in atrocissimis, facit, ut delinquens non puniatur"; und zwar werde die Reue bei einem unvollendet gebliebenen Verbrechen vermuthet[1]), wenigstens in delictis occultis, (mit Berufung auf Bajardus), und nach Bonifacius, auch wenn es schon ad actum proximum gekommen sey. An diese, zunächst durch Berufung auf die Glosse und mit zahlreichen andern Citaten belegte Regel knüpft er dann folgende Ampliationen und Limitationen an: 1) Die Reue komme besonders auch Demjenigen zu Statten, welcher wegen eines rechtlichen Hindernisses das Delict nicht habe vollenden können, wobei sich Farinacius besonders auf Menochius bezieht. 2) Es sey keine freiwillige Reue, wenn der Thäter vom Delicte abgestanden sey, „propter aliquem timorem seu rumorem, ne in illo deprehenderetur", z. B. wenn der Thäter wegen des Geschreies der Genothzüchtigten davon laufe. Hier treffe ihn nicht die ordentliche, sondern eine mildere extraordinaria poena[2]). 3) Die Regel falle weg, wenn die Reue mit einem impedimentum facti zusammentreffe; „tunc enim impeditus poenitentiam allegare non potest, quia per se non stetit, sed propter impedimentum quod habuit". Wirkungslos sey die Reue in poenis ipso jure impositis; auch trete immer eine außerordentliche Strafe ein, wenn Jemand durch den Conat verletzt sey[3]). 5) Nach consummirtem Delicte werde die Reue nicht beachtet, ausgenommen in foro con-

1) Das Gegentheil behauptet Farinacius an einer anderen Stelle Qu. CXVI. No. 155.

2) Dieß war auch schon die Ansicht von Baldus und andern älteren Juristen.

3) Farinacius bezieht sich dabei auf früher Gesagtes (Qu. CXXIV. No. 33. S. Oben S. 151.) und beschränkt dadurch offenbar die zu allgemein hingestellte Limitation, daß wegen Reue nur die ordinaria delicti consummati poena wegfalle.

scientiae und wenn durch die Reue, wie schon Bartolus sage, der Dolus aufgehoben werde, wie in L. 1. Cod. de crimine stellionat.[1]). Dieß sind die in keiner musterhaften Ordnung aneinandergereihten Sätze des Farinacius, wobei er sich noch auf die, rücksichtlich einzelner Verbrechen gegebenen Ausführungen bezieht[2]).

§. 276.

Zum Schlusse mögen hier noch die auf das jus commune gegründeten Mailändischen Statute einen Platz finden, die, wie wir schon gesehen haben, die aus dem römischen Rechte abgeleitete Regel, daß der Versuch (der Tödtung) ebenso hart wie die Vollendung zu strafen sey, bestätigen und den Mandans und Mandatar, auch wenn gar nichts zur Ausführung des Delictes geschehen ist, der Strafe des vollendeten Verbrechens unterwerfen[3]). Hier finden wir in Beziehung auf die Frage, in wiefern Mandans oder Mandatar sich durch die aus Reue geschehene Revocation des gegebenen oder übernommenen Auftrags straflos machen können, folgende beachtungswerthe Bestimmungen: 1) Der Mandans werde straflos, wenn er zeitig (re integra) den Mandatar vom Widerrufe in Kenntniß setze, d. h. bevor der Mandatar vermöge, oder in Folge des Auftrages das Delict versucht oder vollendet habe, und bevor dem Richter Anzeige von der Sache gemacht sey. 2) Auch der Mandatar könne nach übernommenem Auftrage, jedoch bevor Versuch oder Vollendung vorliege, durch Revocation aus Reue straflos werden. 3) Die spätere Weigerung des Mandatars, das Delict zur Ausführung zu bringen, könne dem Mandans nichts hel-

1) Vergl. Oben §. 272.
2) Vergl. insbesondere über das Crimen laes. maj. Qu. CXVI. No. 155. und über das Assassinium Qu. CXXVIII. No. 92.
3) Vergl. Oben S. 135. Not. 3.

fen. 4) Dem Mandans und Mandatar liege der Beweis der Reue ob[1]).

§. 277.

III. Die peinliche Gerichtsordnung Kaisers Karl V. und die spätere gemeinrechtliche Doctrin und Praxis.

Erinnern wir uns an Dasjenige, was schon mehrfach über den Einfluß der Schriften der italiänischen Juristen auf die Gestaltung der Theorie und Praxis in Deutschland bemerkt worden ist, erwägen wir zugleich die Stellung der peinlichen Gerichtsordnung Karls V, oder zunächst der s. g. Mater Carolinae, zu dem s. g. jus commune, den gemeinen kaiserlichen Rechten, und gedenken wir der Uebereinstimmung, welche in Absicht auf die Grundsätze über absolute und relative Strafbarkeit des Versuches zwischen der Bamberg. H. G. O. Art. 204 und der P. G. O. Art. 178 einer Seits, und der Glosse und den italiänischen Practikern anderer Seits Statt findet, so werden wir er=

1) Statut. Mediolan. Lib. IV. Tit. 6. Art. 16. „Quod si nec vulnus nec consummatio criminis intervenerit, liceat mandantibus post factum mandatum poenitere et illud revocare, modo tamen ex eo mandato aut ejus causa, factum aut attemptatum delictum non sit, aut ante mandati revocationem Judici delatio facta non fuerit, et revocatio mandatario infra illud tempus re integra intimata fuerit". Art. 17. „Mandatariis quoque permissum est, (ubi tamen homicidium commissum vel attemptatum non sit) post susceptum mandatum poenitere et eam mandati susceptionem revocare. — Ipsisque mandantibus et mandatariis onus incumbat probandi poenitentiam". Art. 20. „Quodsi mandans mandaverit homicidium vel aliquod aliud delictum committi et mandatarius recuset mandans punlatur etiam usque ad mortem inclusive arbitrio Principis vel Senatus". Cf. Aug. Garono Observ. in Constit. dominii Mediolan. p. 108 seq. Horat. Carpani Commentar. in quatuor insigniores novar. constit. §§. Francof. 1646. p. 57—59.

warten dürfen, daß Schwarzenberg den aus dem römischen Rechte entlehnten wichtigen Satz von der Straflosigkeit Desjenigen, qui noluit perficere, nicht unbeachtet gelassen habe. Und so ist es in der That! In der gewiß vortrefflichen Vereinigung der, in der communis opinio feststehenden, Merkmale des strafbaren Versuches im Art. 204 der Bamb. H. G. O. und Art. 178 der P. G. O. finden wir mit möglichst wenigen Worten die Straflosigkeit des freiwillig von der Vollendung Abstehenden anerkannt. „Item so sich jemandt", sagt das Gesetz, „eyner missethatt — — vndersteht, vnd doch an volnbringung derselben missethatt durch andere mittel, wider seinen willen verhindert würde, solcher böser will — — ist peinlich zu straffen, —". Die P. G. O. unterscheidet mithin klar und deutlich zwischen der unterstandenen Missethat und der Vollbringung derselben, und macht die Strafbarkeit jener davon abhängig, daß der Thäter „durch andere Mittel, wider seinen Willen" an der Vollendung gehindert wurde. Wenn es nun keinem Zweifel unterliegt, daß da, wo ein Gesetz die Merkmale einer strafbaren Handlung feststellt, für den entgegengesetzten Fall, d. h. wo sich das bezeichnete Merkmal nicht findet, Straflosigkeit im Sinne des Gesetzes liege, sobald es nur gewiß ist, daß das aufgestellte Merkmal die Strafbarkeit der Handlung bedingen sollte, so müssen uns auch die bezeichneten Gesetzesworte nothwendig zu der Folgerung hinführen, daß, wenn der Thäter nicht durch „andere Mittel" an der Vollbringung gehindert wurde, sondern die Vollendung mit seinem Willen unterblieb, der Versuch straflos sey, oder daß das Gesetz nur den, bis zu dem eingetretenen Hindernisse fortdauernden „bösen Willen" als strafbar betrachte[1]). Aller-

1) Vergl. insbesondere Jordan de nonnullis controv. p. 32. 33., welcher auch mit Recht auf die, die Bedingungen der Strafbar-

dings ist dieß auch nur ein argumentum a contrario, und man könnte vielleicht einen Widerspruch darin finden, daß wir hier ein solches anerkennen, während wir es bei den aus dem römischen Rechte dazu benutzten Stellen verwarfen [1]). Allein die Sache steht hier ganz anders. Für das römische Recht konnten wir jene Schlußfolgerung nicht anerkennen, weil die dafür angeführten Stellen an sich nicht so bestimmt den Gegensatz andeuten, und, was die Hauptsache ist, weil es an der durchaus nothwendigen Voraussetzung fehlt, daß das römische Recht den Versuch der Vollendung gegenüber gestellt habe, weshalb es auch nicht die Strafbarkeit des Versuches von einem eigenthümlichen Merkmale abhängig machen konnte. In der peinlichen Gerichtsordnung tritt dagegen die Unterscheidung zwischen unterstandener und vollbrachter Missethat auf das Bestimmteste hervor, und es läßt sich aus ihrer Grundlage, der frühern gemeinrechtlichen Theorie und Praxis der unwiderlegliche Beweis führen, daß man den entgegengesetzten Fall, das freiwillige Abstehen von der Vollendung, als einen die Straflosigkeit des Versuches nothwendig zur Folge habenden Umstand betrachtete, wobei es auch weiter nicht in Betracht kommen kann, daß jene Theorie zu ihrer eigenen Begründung eine (nicht vorhandene) Stütze im römischen Rechte zu finden glaubte. Dagegen würde nur eine gänzliche Nichtbeachtung der wesentlichen Grundlagen der peinlichen Gerichtsordnung der wohl aufgestellten Behauptung einigen Schein verleihen können, daß die angeführten Worte der P. G. O. nichts beweisen könnten, weil sie nur enunciativ, nicht dispositiv seyen [2]); eine

keit zusammenfassenden Worte: „solcher böser Wille" Gewicht legt.

1) Vergl. Oben §. 269—271.

2) So sagt Kleinschrod, systemat. Entwick. der Grundbegr. des peinl. Rechts Th. I. § 42, nachdem er richtig bemerkt hat, die

Behauptung, die übrigens schon durch die Regel widerlegt wird, daß man in einem Gesetze, ohne bestimmte Gründe, kein Wort und noch weniger ganze Sätze für überflüssig erklären dürfe[1]). Auch kann man nicht sagen, daß ein Gesetz, welches die Voraussetzungen für die Strafbarkeit so bestimmt bezeichnet, Alles habe der Willkühr des Richters anheimstellen wollen. Die P. G. O. scheidet sehr deutlich die absolute von der relativen Strafbarkeit, und nur auf die letztere beziehen sich die Worte: „Aber in einem Fall härter dann in dem andern, angesehen Gelegenheit und Gestalt der Sache", während die vorausgehenden Sätze, von den Worten: „Solcher böser Wille" bis „ist peinlich zu strafen" die Frage betreffen, ob der Versuch überhaupt gestraft werden könne? wobei der richterlichen Willkühr gar nichts überlassen ist.

§. 278.

Betrachten wir es hiernach als erwiesen, daß die P. G. O. die Straflosigkeit des freiwillig von der Vollendung Abstehenden habe anerkennen wollen, so lassen sich die nä-

Stellen des römischen Rechts könnten Nichts beweisen: „Eben so hinfällig ist der Grund, welchen Hagemeister Diss. de causis mitigandarum poenarum th. 65. anführt: der Art. 178 spreche nur von dem Versuche, an dessen Vollbringung man gegen seinen Willen gehindert werde; also sey der Versuch, den man freiwillig unvollendet lasse, nicht im Gesetze begriffen, also nicht zu strafen. Aber wenn man den Art. nur flüchtig durchgeht, so findet man, daß derselbe den genannten Fall nur beiläufig nenne, die Worte nur enunciativ nicht dispositiv seyen und die ganze Sache dem Richter überlassen werde".

1) Roßhirt Lehrb. des Crr. §. 45. Jordan l. c. p. 33. Anders ist das Verhältniß der angeführten Stellen des römischen Rechts, welche aus den Schriften von Juristen entlehnt sind, also nicht als Gesetze abgefaßt waren, und wobei oft zweifelhaft seyn kann, was von dem häufig ex facto entlehnten Falle der Jurist für seine Entscheidung als wesentlich betrachtete.

hern Bestimmungen dieses Satzes, welche wir früher theils aus der Natur des bürgerlichen Strafrechts überhaupt abzuleiten, theils durch Gründe der Criminal-Politik zu rechtfertigen versuchten, leicht anknüpfen. Wir können nämlich 1) unbedenklich behaupten, daß auch nach der P. G. O. Nichts darauf ankomme, ob es ein s. g. beendigter oder noch nicht beendigter Versuch sey. Denn die P. G. O. macht keinen Unterschied und erkennt für jede unterstandene Missethat, im Gegensatz zum vollbrachten Verbrechen, die Straflosigkeit bei freiwillig unterlassener Vollendung an, wobei wir aber freilich voraussetzen müssen, daß die aus der Natur der Sache abzuleitenden Bedingungen (vergl. §. 263.) vorhanden sind. 2) Enthält der Versuch des Verbrechens eine unter den Begriff eines vollendeten Verbrechens fallende Verletzung, so kann diese, wie auch schon die frühere gemeinrechtliche Doctrin anerkannte, durch das freiwillige Abstehen vom Versuche nicht straflos werden. Denn für diese „vollbrachte Missethat" hat die P. G. O. keine solche Bestimmung gegeben. 3) Ist der Thäter „durch andere Mittel" (ein Ausdruck der alle möglichen Hindernisse und Zufälle im Gegensatz zur eigenen Willensbestimmung umfaßt) an der Vollbringung der Missethat gehindert worden, so kann es ihm nichts helfen, daß er mit dem Eintritte des Hindernisses auch den Willen aufgebe, das Verbrechen zu verüben. Denn das Gesetz supponirt mit Recht das Nichtvorhandenseyn eines Hindernisses, wie ebenfalls schon die italiänischen Juristen anerkennen. Auch könnte die Willensänderung hier nie durch einen äußern, von der Aussage des Angeschuldigten unabhängigen Umstand erwiesen werden. 4) Ob der Thäter aus Reue, oder aus Furcht vor der Strafe, von der Vollbringung abstand, ist auch nach der P. G. O. einerlei. Auch kann nichts auf die Motive der Willensänderung ankommen. Denn das Gesetz sagt gar nicht,

daß Reue im engern Sinne erforderlich sey, und der Ausdruck desselben zeigt, daß der Grund der Nichtvollendung in „andern Mitteln" d. h. in Umständen, deren Wirksamkeit von dem Willen des Thäters unabhängig ist, seinen Grund haben müsse. Ist dagegen in dem Thäter durch einen äußern Umstand, z. B. das Geschrei des Angefallenen oder ein anderes Geräusch, die Furcht augenblicklicher Entdeckung erregt worden, so liegt es gewiß mehr im Sinne der P. G. O., wenigstens keine gänzliche Straflosigkeit anzunehmen. 5) Auch das blose Aufschieben der völligen Ausführung dürfte nicht zur Straflosigkeit genügen. Denn der böse Wille, dessen Aufgeben die P. G. O. offenbar supponirt, ist noch vorhanden, und es kann nichts darauf ankommen, ob, einen Anfang der Ausführung vorausgesetzt, das Verbrechen nach dem Beschlusse des Thäters in zusammenhängenden oder getrennten Acten vollbracht werden sollte. 6) Was die Frage betrifft, ob bei einem unbeendigt gebliebenen Verbrechen für die Willensänderung des Thäters eine Vermuthung streite und ob demnach gegen den Angeschuldigten bewiesen werden müsse, daß er durch „andere Mittel, wider seinen Willen" an der Vollbringung der Missethat gehindert worden sey, ob dieß also Bedingung der Strafbarkeit des Versuches und demnach Theil des Anschuldigungsbeweises sey, so haben wir freilich früher (§. 265) nach allgemeinen Gründen die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt und zu zeigen gesucht, daß bei einmal begründeter Strafbarkeit des Versuches die Willensänderung als ein neuer, die Strafbarkeit aufhebender Umstand und als Bestandtheil des Deculpationsbeweises betrachtet werden müsse, und diese Ansicht ließe sich auch mit der P. G. O. insofern vereinigen, als sich das Gesetz nicht ausdrücklich über die hier gestellte Frage ausgesprochen hat; — allein leugnen läßt sich allerdings nicht, daß die P. G. O. die Hinderung des

Thäters wider dessen Willen offenbar als einen die Strafbarkeit des Versuches bedingenden Umstand aufgestellt hat und daß Schwarzenberg auch hier durch die Meinung der frühern Juristen geleitet werden konnte, daß für die Reue des Thäters bei einem unvollendeten Verbrechen eine Vermuthung streite. 7) Da die P. G. O. voraussetzt, daß die Missethat nicht vollbracht sey, so kann auch nach diesem Gesetze eine unwirksam gebliebene Reue, d. h. eine solche, welche der Thäter zwar vor Eintritt des zum Begriffe des Verbrechens gehörigen Erfolges an den Tag gelegt hat, wodurch aber letzterer in der That nicht gehindert worden ist, die Strafe nicht abwenden. 8) Dieß entscheidet auch über die Strafbarkeit des Anstifters, auf welchen, wie wir gesehen haben, auch schon die frühere Praxis den Grundsatz von der Straflosigkeit des durch Willensänderung des Thäters unvollendet gebliebenen Verbrechens zur Anwendung brachte, was die P. G. O. zwar nicht ausdrücklich bestätigt, aber auch nicht abgeändert hat. Die nähern Bestimmungen dieses Falles, welche früher aus der Natur der Sache abgeleitet worden sind, können auch mit unserem positiven Gesetze als vereinbar betrachtet werden. Die Reue des Thäters, bei mangelnder Willensänderung des Anstifters, gehört aber in Beziehung auf letzteren, zu den „andern Mitteln".

§. 279.

An diese Betrachtung des Sinnes und der Bedeutuug der peinlichen Gerichtsordnung knüpfen wir, wie auch in anderen Fällen, eine Uebersicht der Resultate der doctrinellen und practischen Behandlung unserer Frage in Deutschland, wodurch wir in den Stand gesetzt werden, die verschiedene Auffassung derselben und den Wechsel der Ansichten zu verfolgen. Werfen wir hierbei zunächst einen Blick auf die Uebersetzungen der P. G. O., so sehen wir, daß

Gobler den hierher gehörigen Theil des Gesetzes ganz wortgetreu wiedergiebt, indem er übersetzt: „Si quis maleficium — conatur, ac quo minus tale facinus perficiat, aliis mediis contra suam voluntatem impeditur"; während Remus in seiner Weise paraphrasirt: „Si quis — maleficium designare conetur, in quo tamen divinitus quasi immissis obstaculis contra voluntatem deliberatam, opere complendam impeditus fuerit"; und damit eine, nicht im Sinne des Gesetzes liegende Beschränkung des äußern Hindernisses auf höhern Zufall, oder unmittelbare göttliche Einwirkung andeuten will, wahrscheinlich mit Rücksicht auf eine, schon von frühern Schriftstellern, (insbesondere dem von Remus stark benutzten Menochius) in Bezug genommene Stelle aus Plato's Dialogen über die Gesetze, worin die Hinderung der Vollendung dem Dämon des Verbrechers zugeschrieben wird [1]).— In den dogmatischen Bearbeitungen des Criminalrechts zeigt sich zwar auch hier nicht selten eine gänzliche Nichtbeachtung der P. G. O., wie namentlich in König's und Rauchdorn's Practika und Perneder's H. G. O., und es wird in diesen und andern spätern Schriften vom Einflusse der Poenitentia auf die Strafbarkeit des Versuches

1) Hierauf deuteten wir schon oben S. 52 hin, ohne die Quelle namhaft zu machen. Plato sagt im 9ten Dialoge: Wenn Jemand einen Menschen tödten wollte, und ihn zwar verwundet habe, aber nicht tödten konnte, so könnte man denken, daß ein solcher Verbrecher mit Beiseitesetzung alles Mitleides, ebenso wie wenn er wirklich getödtet hätte, die Strafe des Mordes zu leiden habe, wenn man nicht das Geschick und seinen Dämon verehrte, welcher sowohl den Verwundeten als den Verwunder mitleidig beschützend, dem Unglück beider entgegengetreten sey und von dem Einen die Tödtlichkeit der Wunde, von dem Andern das härtere Unheil abgewendet habe. Diesem Dämon müsse man danken und seinem Wohlwollen nicht dadurch entgegentreten, daß man über den Thäter die Todesstrafe verhänge.

(auf welche sich fast Alle beschränken) entweder gar nicht gehandelt, oder nur dürftig wiederholt, was die italiänischen Muster darboten [1]); indessen fehlt es doch nicht an Zeugnissen dafür, daß man bald auch in der P. G. O. ein Anerkenntniß der Straflosigkeit des durch die Reue des Thäters unterbrochenen Versuches gefunden hat, in welcher Hinsicht hauptsächlich der der P. G. O. ziemlich nahe stehende Nicolaus Vigelius [2]) hervorzuheben ist, welcher, nachdem er die Straflosigkeit der blosen cogitatio mit Beziehung auf die Worte des Art. 178 „mit etlichen scheinlichen wercken" anerkannt hat, fortfährt: „Idem dicendum, si crimen poenitentia ductus non perfecerit. dict. art. 178. vers. Wider seinen willen". Vigelius nimmt also, sich streng an die P. G. O. haltend, auch in diesem Falle Straflosigkeit an, während Andere, diese sichere Grundlage nicht beachtend, in der Reue des Thäters nur einen Grund zur Herabsetzung der Strafe des Versuches erblicken.

§. 280.

Auch Carpzov, welcher sonst nicht unterläßt, seine Beweisgründe in der P. G. O. zu suchen, scheint bei unserer Frage, deren er bei einzelnen Verbrechen gedenkt, die Bestimmung des Art. 178 der P. G. O. übersehen zu haben, spricht sich aber unter Beziehung auf frühere doctrinelle Auctoritäten dafür aus, daß die Reue des Thäters

1) Dazu gehört auch der Niederländer Damhouder Praxis rer. crim. Cap. 83. No. 8. 9., welcher wenigstens die Frage berührt, ob der Mordbinger, wenn er aus Reue den Auftrag zurücknehme, bestraft werden könne, und dabei, mit Beziehung auf die L. qui falsam, der schon bei den Italiänern vertretenen Ansicht huldigt, daß zwar nicht die ordinaria poena, aber doch eine gemilderte Strafe Statt finde.

2) Constitutiones Carolinae Publicorum Judiciorum. Bas. 1583. Cap. II. No. I. (ed. 4ta p. 28.)

Straflosigkeit bewirken könne. Zunächst beim Parricidium[1]) wirft er die Frage auf, welchen Einfluß die Reue des Thäters in dem Falle habe, wenn sie zwar gleich bei der Handlung selbst kund gegeben sey, indessen den tödtlichen Erfolg nicht mehr habe abwenden können[2])? Er findet hierin einen Milderungsgrund für die ordentliche Strafe des Verwandten-Mordes und sucht dieß durch die Bemerkung zu rechtfertigen: „Quamvis enim poenitentia tunc demum dicatur suffragari, quando delictum non est consummatum, — — post delictum autem perfectum et consummatum non possit; — Attamen hoc eatenus verum est, quatenus delinquens ab omni poena vult esse immunis. Delicto autem consummato poenitentia prodest ad hoc, ut poena ordinaria mitigetur"[3]); besonders, wie er an einer andern Stelle[4]) bemerkt, „in illis delictis, ubi res in integrum statum post consummationem restitui potest, veluti in furto et delicto diffidationis". Dagegen scheint Carpzov beim Verbrechen der Brandstiftung[5]) in dem Falle, „si reus poeniteat crimine nondum perfecto et consummato, materiamque igni concipiendo aptam inflammatamque alicubi depositam auferat, antequam incendium exoriatur", auch nur einen Grund zur Abwendung der ordentlichen Strafe der Brandstiftung finden zu wollen, was sich vielleicht daraus erklärt, daß Carpzov dabei die besondern Bestimmungen des sächsischen Rechts[6]) über die Strafe des Feueranlegens im

1) Pract. rer. crim. Qu. 18. No. 22.
2) Vergl. oben §. 264. S. auch §. 278. No. 7.
3) Dabei bezieht sich Carpzov auf eine sächsische, die Bestrafung des Diebstahls betreffende Constitution.
4) Qu. 37. No. 38.
5) Qu. 39. No. 3.
6) Oben §. 229. S. 192.

Auge hatte. — Allgemeiner wird aber unsere Frage schon in einer ältern Dissertation[1]) aufgefaßt und abgehandelt. Der Verf. geht davon aus, daß die Hindernisse, welche der Ausführung des Delictes entgegentreten können, theils innere theils äußere seyen. Zu jenen rechnet er: 1) den defectus voluntatis, „quando sc. ipse, qui conatus est, poenitentia ducitur et ab coepto desistit"; 2) den defectus virium sive facultatum auf Seiten des Verbrechers; und fragt in Beziehung auf die Reue: An talis poenitens prorsus immunis esse debeat a poena? worauf die Antwort ertheilt wird: „Etsi post consummatum delictum poenitentia delinquentem ab omni poena nullatenus excuset (mit Beziehung auf L. 65. de furt. L. 17. §. 1. de aedil. edict. L. 5. de vi bonor. rapt.) — — ea tamen, conatu delicti exitu suo carente, dolum aliquo modo purgat, reumque excusat. L. 1. Cod. de crim. stell. Unde si conatus plane nullum habuit exitum et quem sua sponte facti poeniteat, nulla vel leviori et extraordinaria regulariter poena maleficus erit afficiendus. Licet enim ratione conatus ordinarie poena sit constituta, ita tamen hoc accipiendum, si in ipso conatu deprehensus praeter intentionem ab externo accidente prohibeatur, non vero si poenitentia ducatur. Vid. l. 1. pr. et §. fin.

1) Christ. Schlegelius (Praes. Joh. Schmidelio) Disp. de Conatu. Jen. 1667. §. 21. Vergl. Th. I. S. VI. Zwei andere mir nicht zu Gebote stehende Dissertationen über den Einfluß der Reue überhaupt, sind von J. Fr. Ludovici De effectu poenitentiae et in civilibus et in criminalibus causis. Hal. 1715. Gebh. Chr. Bastinelier, de poenitentia in delictis ejusque effectu. Viteb. 1726. — Engelbrecht, de maleficiis coeptis. Helmst. 1680. Cap. VI. §. 6. (vergl. Th. I. S. VII.) will eine „extraordinaria, interdum nulla poena pro delicti, in quod conatus incidit, qualitate".

de extraord. crim. l. 21. §. 7. de furtis. P. G. O. art. 178.[1]) verb. So jemand".

§. 281.

Am vollständigsten handelt unter den ältern Schriftstellern wohl Granz[2]) von dem Einflusse der Reue des Thäters, insbesondere bei unvollendet gebliebenem Verbrechen. Auch er geht, nachdem er von der Straflosigkeit der nuda cogitatio und der blosen Drohung geredet hat, davon aus, daß, wenn das Delict ein blos versuchtes geblieben sey, der Grund der Nichtvollendung entweder ein innerer, im Willen des Handelnden liegender, oder ein äußeres, gegen den Willen des Thäters eintretendes Hinderniß seyn könne. Im ersten Falle, unterscheidet Granz dann sehr richtig, liege im Versuche entweder schon ein besonderes Delict, oder nicht. Sey das Letztere der Fall, dann trete die Regel ein: „Poenitentia in delicto nondum consummato, quod tamen consummari poterat, poenam regulariter tollit". So könne Derjenige, welcher eine gefertigte Schmähschrift vor der Verbreitung wieder vernichte, nach L. un. Cod. de famos. libell., welche die Veröffentlichung voraussetze, nicht gestraft werden. Ebenso werde der Münzfälscher, welcher aus Reue die Vollendung unterlasse, nach der L. 19. ad L. Corn. de fals. von Strafe freigesprochen, und ein Gleiches müsse von Demjenigen gelten, welcher einen dem Feinde geschriebenen verrätherischen Brief, obgleich er es konnte, nicht absendete. Ferner müsse der Richter, welcher die empfangene Bestechungssumme vor dem Urtheile aus Reue zurückgebe, straffrei seyn und ebenso der Mandans, welcher den gegebenen verbrecherischen Auftrag re integra zurück-

1) Art. 128, wie in der Schrift selbst steht, ist wohl ein Druckfehler.

2) Tob. Granzii Defensio inquisitorum. Francof. et Lips. 1702. Cap. VI. Membr. II. Sect. II. Art. XI. De exceptione poenitentiae et delicti non consummati.

nehme, wobei Granz (mit Farinacius) auch eine stillschweigende Revocation gelten läßt. Dabei macht er aber sehr richtig auf den Unterschied aufmerksam, der hinsichtlich der verschiedenen Arten der Anstiftung zwischen einem Mandatum und consilium delinquendi eintrete [1]). „Cum enim", sagt er, „mandatum gratia mandantis fiat, atque ab eo vim et principium movendi habeat, sequitur, quod, voluntate ejus per revocationem sublata, mandatum quoque cesset, sic ut nihil amplius ei imputari queat; Consilium vero, cum principaliter et directo concernat eum, cui id datum, augeatque ejus inclinationem, non tollitur per revocationem, quemadmodum mandatum. Consilium enim instruit intellectum, qui semel instructus non facile mutatur, ob impressionem, quam relinquit in animo, praesertim quando de sumenda vindicta agitur". — Im andern Falle dagegen, fährt Granz weiter fort, wenn der Versuch schon die Natur eines besondern Delictes angenommen habe, sollte auch das eigentlich gewollte Verbrechen nicht vollendet seyn, trete die Strafe ein, welche für das in dem Versuche liegende vollendete Delict gedroht sey, was dann wieder durch verschiedene, vom Ehebruch (bei welchem in dem Versuche eine strafbare sollicitatio pudicitiae liegen könne) und andern Verbrechen entlehnte Beispiele erläutert wird. Besonders hervorgehoben werden dann noch vom Verf. diejenigen Verbrechen, „quae statim in effectum juris transeunt, nec ab humano postea consilio emendari aut revocari possunt", und bei welchen daher die Reue nicht entschuldigen könne, wie z. B. beim Verbrechen der Zauberei, ohne Unterschied, ob ein Schade angerichtet sey oder nicht, und beim Raube, wenn gleich die geraubte Sache sogleich zurückgegeben werde. Bei andern Verbrechen sey

1) Vergl. Oben §. 267.

aber die Reue des Thäters, insbesondere wenn sie größern Schaden abgewendet habe, z. B. bei der Brandstiftung, und vor eingeleiteter Untersuchung gezeigt sey, in der Regel ein Milderungsgrund der ordentlichen Strafe. Die spätere Reue könne dagegen die Strafe auch nicht einmal mildern. — Hieran schließen sich dann die Grundsätze über die Bestrafung des gegen den Willen des Thäters unterbrochenen Versuches, von welchen hier nicht weiter die Rede zu seyn braucht und welche auch im Wesentlichen mit der schon aus andern ältern deutschen Schriftstellern gegebenen Darstellung[1]) übereinstimmen.

§. 282.

Von den Commentatoren der P. G. O. spricht Kreß[2]) auch ausdrücklich von dem „conatus, qui non vi extrinseca impeditus, aut facto alterius sufflaminatus, sed propria conantis poenitentia suppressus, intra fines conatus substitit". Kreß glaubt, daß dieses Falles in der P. G. O. nicht gedacht sey, erklärt ihn aber im Allgemeinen der Verzeihung würdig, weil es doch noch ein Zeichen von rechtlicher und guter Gesinnung sey, wenn der Thäter sich selbst von der Vollendung abhalte. Im Einzelnen gedenkt dann Kreß zunächst des von Carpzov hervorgehobenen Falles, daß die Reue zwar gleich bei der verbrecherischen Handlung gezeigt sey, aber den Erfolg nicht abgewendet habe, welche höchstens die Wirkung haben könne, daß eine qualificirte in eine einfache Todesstrafe verwandelt werde. Auch sey die Reue ein Strafaufhebungsgrund in den ausdrücklich vom Gesetze bestimmten Fällen, z. B.

1) Vergl. §. 219 ff.

2) Comment. succinct. in C. C. C. ad art. 178. §. 3. — In Blumbachers Commentar zu diesem Artikel der P. G. O. ist davon gar nicht die Rede.

L. 1. Cod. de stell.[1]) und in den nicht schwerern Delicten, mit Beziehung auf Carpzov Qu. 37. No. 37. 3) Ueberhaupt mildere die Reue die Strafe, „ubi factum substitit in conatu". Dieß soll nun doch aus dem Art. 178 der P. G. O. folgen. „Nam si Caesar poenam arbitrari adeoque et minuere jubet, ubi conatus propter impedimentum extrinsecum plane sufflaminatus est, sane multo magis ubi virtute propria conantisque poenitentia effectus non secutus, arbitrio atque moderamini locus erit"; bei welcher Schlußfolgerung denn freilich übersehen ist, daß die P. G. O. das Hindern „durch andere Mittel, wider des Thäters Willen" unter den Voraussetzungen für die Begründung einer Versuchsstrafe überhaupt aufgestellt hat. — Ganz der nämlichen Ansicht ist Joh. Sam. Friedr. v. Böhmer in seinem Commentar zur P. G. O.[2]), wo er nur ganz kurz des Falles gedenkt, „si poenitentia rei suspendat criminis consummationem". Auch in seinen Observat. ad Carpzovium, wo er durch die Aeußerungen Carpzovs veranlaßt, mehrmals auf den Einfluß der Reue zu sprechen kömmt, betrachtet er die Frage blos von der Seite der moralischen Besserung des Thäters, und findet in der, die Vollendung hindernden Reue des Thäters im Allgemeinen nur einen Milderungsgrund für die ordentliche Strafe des Verbrechens[3]). Ueberhaupt scheint im vorigen Jahrhundert, bei den zu der ältern Periode gehörigen Schriftstellern, die Ansicht, daß die Willensänderung

1) Vergl. darüber auch Matthaeus de crim. Lib. XLVII. Tit. XIII. cap. 2. und Oben §.

2) Medit. ad C. C. C. ad art CLXXVIII. §. 13.

3) Vergl. überhaupt Qu. 149. obs. 4 in fin. und insbesondere über das Parricidium Qu. 17. obs. 1. Ueber den Einfluß der Reue bei zugefügter tödtlicher Verletzung, jedoch vor Eintritt des Erfolges: Qu. 18. obs. 5. Ueber das Assassinium, bei welchem die revocatio blos von der poena capitalis befreien soll: Qu. 19. obs. 3. Ueb. die poenitentia des Brandstifters: Qu. 39. obs. 1.

des Thäters nur die Strafe bedeutend mildere, die vorherrschende gewesen zu seyn. Dafür erklären sich zum Theil ohne Berücksichtigung der peinl. Gerichtsordnung Engau[1]), Koch[2]), Westphal[3]), von Quistorp[4]), Meister[5]), Klein[6]) u. A. m. Aber auch unter den sich der Zeit nach an die zuletzt genannten anschließenden und neuern Schriftstellern haben Einige die Straflosigkeit, meistens aus allgemeinen, der besondern Strafrechtstheorie entlehnten Gründen verworfen und wollen jene entweder gar nicht im Art. 178 der P. G. O. begründet, oder nur die Ausschließung einer peinlichen Bestrafung darin angeordnet finden, wie namentlich v. Grolman[7]), Kleinschrod[8]), Tittmann[9]). In den meisten neuern Lehr- oder Handbüchern des Strafrechts und andern criminalistischen Schriften finden wir dagegen die richtige Ansicht, daß der freiwillig vom Versuche Abstehende, sowohl nach allgemeinen Gründen, als nach gemeinem positiven Rechte straflos sey; namentlich bei Feuerbach[10]), Martin[11]), Schrö-

1) Elem. jur. crim. §. 89.
2) Inst. jur. crim. §. 153.
3) Das Criminalrecht. Anm. 39.
4) Grundſ. des peinl. Rs. Bd. I. §. 106.
5) G. J. F. Meister, princ. jur. crim. §. 122. Not. a. Wenigstens spricht auch Meister blos von der Ausschließung der poena ordinaria.
6) Peinl. Recht. §. 153. Fast wörtlich übereinstimmend mit dem Preuß. Landrecht.
7) Grundsätze der Crimrw. §. 169.
8) System. Entw. der Grdbegr. des peinl. Rechts I. §. 42. Vergl. oben §. 277.
9) Hdb. der Strafrsw. Th. I. §. 98.
10) Revision der Grdbegr. des peinl. Rs. II. S. 269. Lehrb. des peinl. Rs. §. 42.
11) Lehrb. des Crimrs. §. 49.

ter[1]), Jordan[2]), Bauer[3]), Henke[4]), Wächter[5]), Mittermaier[6]), Heffter[7]), Klenze[8]), Abegg[9]), Hepp[10]), Roßhirt[11]) u. A. Die Meisten haben aber, was die allgemeinen Gründe betrifft, blos den politischen Gesichtspunkt aufgefaßt.

1) Hdb. des peinl. Rs. §. 86—88., der jedoch den vollendeten (beendigten) Versuch von der Straflosigkeit ausschließt.
2) De nonnull. controvers. p. 32 ff.
3) Lehrb. des Strafrechts §. 64.
4) Hdb. des Criminalrs. Th. I. S. 257 f.
5) Lehrb. des Strafrs. Th. I. §. 86., der mit Unrecht Kleinschrod unter den Beistimmenden anführt.
6) Archiv des Criminalrs. Bd. I. S. 199. Bd. X. S. 554.
7) Lehrb. des Criminalrs. S. 80.
8) Lehrb. des Strafrs. S. 47.
9) Lehrb. der Strafrsw. §. 96.
10) Versuche über einzelne Lehr. des Strafrs. S. 308 f. Archiv des Criminalrs. N. Folge. Bd. III. S. 251 f. S. 263.
11) Lehrb. des. Criminalrs. §. 45.

Dritter Titel.

Die deutschen Particularrechte und neuern Legislationen.

§. 283.

I. Die älteren deutschen Particularrechte.

Was die älteren deutschen Landes-Constitutionen und Ordnungen betrifft, so mußte natürlich nach denjenigen, welche den Art. 178 der P. G. O. aufgenommen hatten[1]), ebenfalls Straflosigkeit des freiwillig vom Versuche Abstehenden angenommen werden, obwohl man sich auch hier, bei der in früherer Zeit nicht ganz feststehenden Ansicht, daß jene wirklich in der P. G. O. angeordnet sey, in der Praxis mehr zu einer willkührlichen Beurtheilung solcher Fälle hingeneigt haben mag. Auch finden sich einzelne Entscheidungen in den landesrechtlichen Quellen, welche sich über den Einfluß der Poenitentia bei gewissen Verbrechen aussprechen und derselben zum Theil auch noch bei consummirtem Verbrechen einen Einfluß einräumen, oder auch ausdrücklich bemerken, daß die Strafe der unterstandenen Missethat mit Rücksicht darauf zuzumessen sey, ob der Thäter wider seinen Willen an der Vollendung gehindert, oder freiwillig davon abgestanden sey. Letzteres geschieht z. B., wie wir schon gesehen haben, in der Oesterreichischen Landgerichts-Ordnung von 1678 in Beziehung auf das Parricidium[2]), während sie dadurch, daß sie zur Strafe des (nicht beendigten) Versuches der

1) Vergl. Oben §. 227 ff.
2) Oben S. 201.

Tödtung überhaupt voraussetzt, daß der Thäter „durch andere verhindert" worden sey, ebenfalls die Schlußfolgerung auf Straflosigkeit für das freiwillige Abstehen zu rechtfertigen scheint[1]). — Hervorzuheben sind auch in dieser Beziehung mehrere Bestimmungen der Sächsischen Constitutionen von 1572, welche darauf ausgehen, einige hierher gehörige, in der Theorie streitige Fragen zu entscheiden. So betrifft die Const. XVI. die Frage: „Ob der, so Fehdebriefe gesteckt uod pönitirt, gelinder zu strafen?" wobei die Meinung, daß solchen Falles die ordentliche Strafe erlassen und nur Verweisung mit oder ohne Staupenschlag eintreten solle, bestätigt wird. Ferner sagt die Const. XXXII. in fine: „Und nachdem den Rechten gemäß ist, daß der Diebe halber, so ihres begangenen Lasters zeitig Reue tragen, und dasjenige, so sie gestohlen, ehe sie zu Gefängniß gezogen, oder beklagt werden, wieder geben, oder derowegen sonst Erstattung thun, die ordentliche Strafe etwas gelindert, so lassen Wir es auch geschehen, daß es in Unsern Landen also erkannt werden möge; jedoch daß dieselbigen Verbrecher gleichwohl mit Gefängniß, zeitlicher Verweisung, oder nach Gelegenheit der Umstände, mit Staupenschlägen belegt und gestraft werden[2])". Diesen Milderungsgrund ließ dann das Mandat „wegen geschwinder Exequirung wider die Diebe und Räuber" v. 27 Jul. 1719, auch beim Hausdiebstahl zur Abwendung der Todesstrafe gelten[3]).

1) Oben S. 200.

2) Beide Bestimmungen sind auch übergegangen in das Preußische Landrecht von 1620 Buch VI. Tit. V. Art. I. §. 9 u. Tit. VII. Art. I. §. 8. Vergl. Oben §. 230., wo auch die Bestimmung Tit. V. Art. I. §. 10 hätte erwähnt werden können, wonach beim Assassinium schon die Todesstrafe Statt finden soll, „ob sie gleich solchen Todtschlag mit der That und im werck nimmermehr begehen".

3) Das Rescript vom 26 Aug. 1720 betrifft blos die Frage, ob die

Besonders bemerkenswerth ist aber die Bestimmung des Mandats vom 16 Nov. 1741, „die ohnnachbleibende strenge gesetzmäßige Bestrafung des vorsätzlichen Feueranlegens betreffend". Hierin wird zunächst im §. 2 ausdrücklich die Ansicht (Carpzovs und anderer Juristen) verworfen, daß es dem Thäter zur Milderung der ordentlichen Strafe gereiche, wenn er „nach angestecktem Feuer Reue bezeigt und nach vollbrachter That solche entdeckt, andere zum Löschen und Dämpfung des Feuers herzugerufen und selbst dabei Hülfe geleistet". Darauf heißt es jedoch weiter: „Würde jedoch der oder diejenige, welche zum Brennen geschickte Materie, in der Absicht, dadurch eine Feuersbrunst zu verursachen, angelegt, aus Gewissensantrieb selbige, bevor sie sich entzündet, wiederum hinwegnehmen, so soll auf diesen Fall zwar nicht auf die Todesstrafe erkannt, jedoch aber der Delinquent mit harter Leibesstrafe deshalb angesehen werden". Auf gänzliche Straflosigkeit kann ein solcher, welcher selbst Feuer angezündet, aber es wieder hinweggenommen oder „andere zur Ausübung solcher Bosheit verleitet oder sich dazu hat bestellen lassen", nach §. 6. nur dann Anspruch machen, wenn er vor der Untersuchung oder Inhaftirung, „einzelne oder ganze Banden Mordbrenner und deren Aufenthalt freiwillig offenbaren — sollte". Man würde indessen doch wohl schwerlich aus diesen einzelnen Bestimmungen des sächsischen Rechts die allgemeine Folgerung zu ziehen berechtigt seyn, daß die Reue des Thäters, oder dessen Willensänderung vor der Consummation des Verbrechens, gar nicht als Strafaufhebungsgrund betrachtet werden könne, indem einerseits die Strenge der Gesetze beim Verbrechen der Brandstiftung und dem Fehde-

Poenitentia vor der generalis inquisitio eintreten müsse oder auch noch vor der specialis inquisitio (vor der Antwort über Inquisitional-Artikel) eine zeitige sey?

ansagen auf besondern, hauptsächlich im Prinzipe der Abschreckung zu suchenden Gründen beruht, anderer Seits auch daraus, daß die Reue z. B. beim Diebstahl selbst nach consummirtem Verbrechen als Milderungsgrund anerkannt ist, die Folgerung zu rechtfertigen wäre, daß sie, wenn sie vor der Consummation eintrete, die Strafbarkeit ganz tilgen müsse, was ja auch durch Carpzov und andere sächsische Juristen anerkannt ist. Doch scheint sich kein festes Prinzip in der sächsischen Praxis gebildet zu haben [1]).

§. 284.

II. Die deutschen Gesetzgebungen des vorigen Jahrhunderts.

Aus dem Codex juris bavarici criminalis v. 1751 läßt sich nur die, das Verbrechen der Brandstiftung betreffende Bestimmung (Kap. 8. §. 8.) hervorheben, deren schon früher im §. 236 gedacht wurde. Auch hiernach soll bei erwiesener Willensänderung immer noch eine arbiträre Strafe Statt finden. Die Const. criminal. Theresiana v. 1768 gedenkt dagegen schon fast in der nämlichen Weise, wie die spätere Oesterreichische Gesetzgebung der verschiedenen Gründe, weshalb das Verbrechen nicht vollendet seyn könne, nämlich vermöge eigener Reue, Unvermögenheit des Thäters, oder fremder Behinderung [2]). Hinsichtlich der Bestrafung wird dann verfügt [3]): „Zuvörderst ist bey jeder Anmassung darauf zu sehen: ob die Thatvollziehung durch eigene des Anmassers unverstellte Reu, und freywilliges Abstehen, ohne daß ein anderweiter Umstand, als die bewußte Entdeckung des Vorhabens, fremde Abmahnung, und dergleichen hierzu Anlaß gegeben

1) Ueber die Widersprüche und Inconsequenzen des neuen sächsischen Criminal-Gesetzbuches s. Unten §. 287.

2) Art. XIII. §. 2.

3) Ibid. §. 5. 6.

rückstellig geblieben? oder ob selbe in anderweg wider seinen Willen unterbrochen worden seye? — Ersteren Falls kann nach Ermessen des Richters, wenn es nur um ein geringes Verbrechen zu thun, und der Anmasser frühzeitig von seinem Vorhaben abgestanden wäre, entweder die Straff gänzlich nachgesehen, oder bey einem ernstgemessenen Verweis, Geldbuß, oder anderer minderen Straffe beruhet werden; dahingegen in schweren und überschweren Verbrechen, besonders, wenn es schon nahe, oder wohl gar schon am allernächsten zur That gekommen, die bereute, und freywillig abgelassene Anmassung zwar willkührlich, und gelinder, als eine wider Willen von anderwärts rückstellig gemachte Unternehmung zu bestraffen, jegleichwohlen aber allemal eine vernünftige Ebenmaß, und Ausgleichung der Straffe mit dem Unternehmen nach dessen größeren, oder minderen Grad zu halten ist". Der Theresianische Codex hat also (vielleicht in Folge der zu jener Zeit herrschenden theoretischen Ansichten) die Straflosigkeit des freiwillig (aus wahrer Reue, Furcht vor der Strafe oder vermöge fremder Abmahnung) vom Versuche abstehenden Thäters in sehr enge Gränzen eingeschlossen. Dagegen ist schon das „Allgemeine Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung" von Joseph II. v. 1787 von richtigern Prinzipien ausgegangen. Denn da es den Versuch der Uebelthat nur dann für ein Criminal-Verbrechen [1]) erklärt, wenn „die That in der Folge nur aus Unvermögen, aus dazwischen tretenden fremden Hindernisse, oder aus Zufall nicht vollbracht worden ist", so folgt daraus nothwendig die Straflosigkeit des freiwillig vom Versuche abstehenden Thäters [2]). —

1) Bei Polizeiverbrechen ist der Versuch nach diesem Gesetzbuche überhaupt nicht strafbar. (Oben S. 210. Not. 1.)

2) Bemerkenswerth ist übrigens noch die Bestimmung des §. 156., wonach der Diebstahl aufhört ein Criminalverbrechen zu seyn,

Einen Mittelweg hat das Preußische Landrecht eingeschlagen. Die Verfasser desselben haben nämlich geglaubt, den politischen Zweck der Straflosigkeit (vergl. §. 259.) schon dadurch erreichen zu können, daß sie Demjenigen, welcher aus eigener Bewegung von der Ausführung des Verbrechens absteht und dabei solche Anstalten trifft, daß die gesetzwidrige Wirkung [1]) gar nicht erfolgen kann, ingleichen welcher durch zeitige Entdeckung der Mitschuldigen und ihres Vorhabens, die Ausführung dessen hintertreibt", einen Anspruch auf Begnadigung zuerkannt haben [2]). Wenn aber Rechtsgründe die Straflosigkeit des freiwillig vom Versuche Abstehenden fordern, so darf dieselbe, wie schon bemerkt wurde, nicht blos als ein Geschenk der Gnade hingestellt werden. Eine Anwendung des allgemeinen Satzes auf Hoch- oder Landesverrätherei enthält der §. 118; auf das Verbrechen des Mordes der §. 838. Uebrigens geht aus diesem §phen, in Verbindung mit §. 837, unleugbar hervor, daß das Gesetz auch beim beendigten Versuche den Anspruch auf Begnadigung zugesteht, ohne jedoch die für eine etwaige Verwundung verwirkte Strafe aufzuheben.

§. 285.

III. Die neuesten deutschen Legislationen.

Diese erklären fast sämmtlich direkt oder indirekt den Versuch wegen freiwilligen Abstehens des Thäters für

„wann vor der gerichtlichen Entdeckung des Thäters von diesem eine freiwillige Zurückstellung des entfremdeten Guts geschehen ist".

1) Als ob nur bei dieser Classe von Verbrechen ein freiwilliges Abstehen vorkommen könnte!

2) Preuß. Landr. Th. II. Tit. 20. §. 63. Eine Beziehung auf diese Bestimmung enthält der §. 60. „Reue vor vollführter That ist nach den Regeln der unternommenen Verbrechen zu beurtheilen". Aber auch die Reue nach vollführter That, welche sich in Abwendung oder Ersatz des Schadens äußert, ist nach §. 61 u. 62 Milderungsgrund.

straflos und sprechen sich zum Theil auch über die dabei eintretenden Bedingungen näher aus. — Das Oesterreichische Gesetzbuch über Verbrechen enthält, in fast wörtlicher Uebereinstimmung mit dem Josephinischen Strafcoder, im §. 7. die Verordnung, daß der Versuch der Uebelthat schon das Verbrechen sey, „sobald der Bösgesinnte eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung unternommen habe, die Vollbringung des Verbrechens aber nur wegen Unvermögenheit, wegen Dazwischenkunft eines fremden Hindernisses, oder durch Zufall unterblieben sey". Hieraus haben schon die Commentatoren dieses Gesetzes[1]) die Folgerung abgeleitet, daß das freiwillige Einstellen des Versuches Straflosigkeit begründen müsse, weil das Gesetz denselben nur unter den genannten entgegengesetzten Bedingungen für strafbar erkläre. Uebrigens wird auch nach diesem Gesetze dadurch nur die Straflosigkeit des Versuches als solchen sanctionirt, und es versteht sich mithin von selbst, daß wenn die Versuchshandlung zugleich unter den Begriff eines vollendeten Delictes fällt, die Strafe dieses Verbrechens durch das freiwillige Abstehen von der Erreichung des weitern, damit verbundenen, verbrecherischen Zweckes nicht begründet, sondern die Handlung nur in Beziehung auf den Letztern straflos werde. Dagegen macht es keinen Unterschied, ob es ein beendigter, oder noch nicht beendigter Versuch ist[2]), und ob das Verbrechen durch die blose Handlung des Thäters, oder erst durch den Eintritt eines gewissen Erfolges vollendet wird, sobald nur

1) S. insbesondere Jenull, das österreich. Criminalr. Bd. I. S. 201 ff. Vergl. auch Kitka in der Zeitschrift für österreich. Rechtsgelehrsamkeit 1832. 4tes Heft S. 192. und Scari, ebendas. 1835. S. 387.

2) Dieß erkennt auch Jenull S. 202 durch das von einer, in tödtlicher Absicht zugefügten Verwundung entlehnte Beispiel an.

das noch nicht geschehen war, was zum gesetzlichen Begriffe des Verbrechens gehört, und Jenull a. a. O. drückt sich wenigstens nicht vorsichtig genug aus, wenn er sagt, es werde zur Straflosigkeit vorausgesetzt, daß die That nicht unter diejenigen Verbrechen gehöre, welche nach der gesetzlichen Begriffsbestimmung schon durch eine gewisse Thathandlung ohne Erfolg vollbracht würden. Ob aber das Gesetz das gänzliche Aufgeben des verbrecherischen Entschlusses voraussetze, oder auch ein zeitiges freiwilliges Abstehen genügen lasse, läßt sich aus der Bestimmung selbst nicht ersehen, ob wohl bei dem ganzen Geiste des Gesetzbuches das Erstere als das Richtigere zu betrachten seyn dürfte.

§. 286.

Das Baierische Strafgesetzbuch von 1813 verfügt im Art. 58: „Der Versuch ist von aller Strafe frei, wenn der Handelnde an der Vollbringung nicht durch äussere Hindernisse, durch Unvermögenheit oder Zufall verhindert wurde, sondern freiwillig, aus Gewissensregung, Mitleid oder Furcht vor Strafe von dem Unternehmen abgestanden ist; welches Letztere jedoch nicht vermuthet wird. Wer zwar die Vollbringung freiwillig, jedoch in dem Vorsatze aufgegeben hat, zu anderer Zeit, an anderem Orte, an einer andern Person, oder auf andere Art die Uebertretung auszuführen, ist eben so zu strafen, als wenn er wider Willen an der Vollbringung wäre verhindert worden". — Diese Bestimmungen sind in so fern zu billigen, als 1) das gezwungene Abstehen des Thäters nicht unter den Bedingungen der Strafbarkeit des Versuches genannt, sondern mehr als Strafaufhebungsgrund hingestellt ist, wovon dann der von Rossi und Escher[1]) getadelte Satz, daß das freiwillige Abstehen nicht

1) Vier Abhandl. S. 174. 175.

vermuthet werde, eine sich von selbst verstehende Folgerung ist, die nichts gegen sich haben kann, sobald man damit nur nicht die Idee verbindet, daß der Thäter immer durch ein bestimmtes positives Handeln seine Willensänderung an den Tag gelegt haben müsse, indem es vielmehr genügt, daß aus den Umständen, und mit Rücksicht auf die Natur des Verbrechens das Aufgeben des verbrecherischen Entschlusses erkennbar sey, während da, wo ein freiwilliges Abstehen vorliegt, aus besondern Umständen wieder hervorgehen muß, (also nicht auch vermuthet werden kann), daß das vermeintliche Abstehen ein bloses Aufschieben sey, was das Gesetz nicht zur Straflosigkeit genügen läßt. Ebenso ist es zu loben, daß 2) hinsichtlich der Motive des freiwilligen Abstehens, Gewissensregung, Mitleid oder Furcht vor der Strafe auf gleiche Stufe gestellt sind[1]). Dadurch wird aber freilich der Zweifel über den Fall nicht abgeschnitten, wenn der Thäter wegen eines vermeintlichen Hindernisses und der damit verbundenen (ungegründeten) Furcht augenblicklicher Entdeckung von dem Unternehmen absteht. Dagegen kann es nicht gebilligt werden, wenn das Baier. Strafgesetzb. im Art. 59 verfügt: „Straflose Versuche solcher Verbrechen, worauf Todes- oder Kettenstrafe, Zucht- oder Arbeitshaus gesetzt ist, haben gleichwohl die Anordnung besonderer persönlicher Polizeiaufsicht zur Folge[2])". Denn eines Theils wird es nicht nöthig seyn,

1) Gewiß auch schon in dem Entwurfe von Feuerbach, welcher schon in der Kritik des Kleinschrodschen Entw. Th. II. S. 103 die richtige Bemerkung machte, daß es ein Widerspruch der strafenden Gerechtigkeit mit sich selbst wäre, wenn sie denjenigen strafen wollte, der durch sie abgeschreckt, die That unterlassen hat. Vergl. auch die Anmerkungen zum Baier. Strafgesetzb. Th. I. S. 181.

2) Diese Bestimmung bezog sich auch auf den, im Art. 60. §. 2. des Feuerbach. Entwurfes genannten Fall eines straflosen Versuches mit absolut untauglichen Mitteln u. s. w., wofür die angeordnete

zur Verhütung eines neuen Verbrechens Denjenigen einer drückenden polizeilichen Aufsicht zu unterwerfen, welcher sich selbst von der Verübung des Verbrechens abhielt und bei welchem sich die verhütende Kraft des Strafgesetzes schon als hinreichend erwiesen hat, und andern Theils wird durch diese, ein Mißtrauen gegen den Thäter bekundende Bestimmung, — wenn man erwägt, daß man im allgemeinen Leben nicht so streng zwischen Strafe und Sicherungsmittel unterscheidet und daß eine lästige Polizeiaufsicht ebenso empfindlich wie eine geringe Strafe seyn kann, — die von der zugesicherten Straflosigkeit erwartete Wirkung sehr beeinträchtigt werden[1]). Das Baier. Strafgesetzb. hat übrigens unentschieden gelassen, ob und in wiefern sich die im Art. 46 genannten mittelbaren Urheber durch Rath, Auftrag und dergleichen, durch Zurücknahme des Auftrags u. s. w. einen Anspruch auf Straflosigkeit erwerben können, und nur in Beziehung auf die Theilnehmer eines Complottes im Art 53 bestimmt, daß diejenigen, welche zur Ausführung des Verbrechens nicht mitgewirkt haben, dann straflos seyn sollen, wenn sie der Obrigkeit vor der Ausführung der That Anzeige von dem Complotte gemacht haben[2]). Daß ein Gleiches auch von dem Anstifter gelten müsse und daß bei ihm also die Straflosigkeit stets durch die, mit der Revocation verbundene Anzeige bei der Obrigkeit bedingt werde, folgt hieraus gewiß nicht von selbst, da der Fall einer einfachen Anstiftung keineswegs unter den Begriff des Complottes fällt. Der Richter würde daher, ohne in Widerspruch mit dem Gesetze zu gerathen, den im §. 267 angedeuteten Unterschied

Polizeiaufsicht wohl eher zu rechtfertigen war. Vergl. Anmerkungen Th. I. S. 182.

1) Vergl. Hepp Versuche üb. einz. Lehren der Strafrsw. S. 320.

2) Vergl. darüber Anmerkungen. Th. I. S. 170.

berücksichtigen können[1]). — Daß wir endlich mit der Ansicht nicht übereinstimmen können, daß der Art. 58 auch auf diejenigen (vollendeten) Verbrechen Anwendung finde, welche zwar nur in Beziehung auf einen gewissen rechtswidrigen Zweck für strafbar erklärt sind, zu deren Consummation aber doch die Erreichung dieses Zweckes nicht erforderlich ist, sobald nämlich vor der letzteren, eine den Nachtheil abwendende Willensänderung des Thäters eintritt[2]), — ist schon früher (§. 264) bemerkt worden.

§. 287.

Abweichend von den bisher betrachteten Legislationen hat das Königl. Sächsische Criminal-Gesetzbuch vom März 1838 die Straflosigkeit des freiwillig vom Versuche Abstehenden nicht anerkannt, indem es im Art. 28 verfügt: „Ein Verbrecher, der von einem bereits begonnenen verbrecherischen Unternehmen, ohne durch äußere Umstände

1) Der Baier. Entwurf eines Strafgesetzb. v. 1822, der ganz zweckmäßig der thätigen Reue, auch hinsichtlich des Versuches, im Kapitel von den Tilgungsgründen der Strafbarkeit im Art. 90 gedenkt, (vergl. v. Gönners Motive S. 81 f.) sagt ausdrücklich im Art. 97: „Eben dieses kommt zur Anwendung, wenn derjenige, welcher einem Andern zur Begehung eines Verbrechens Befehl oder Auftrag ertheilt, oder dafür einen Lohn gegeben oder versprochen hat, den ertheilten Befehl oder Auftrag früher noch, als das Verbrechen vollbracht werden konnte, oder vollbracht wurde, ausdrücklich zurückgenommen hat"; — fordert also keine Anzeige bei der Obrigkeit, spricht aber auch nicht von dem Anstifter durch Rath oder Verführung.

2) S. von Gönners und v. Schmidtlein's Jahrb. der Gesetzgeb. u. Rechtspfl. im Königr. Baiern. Bd. I. S. 288 ff. Daß dieß der Gesetzgeber bestimmen könne, unterliegt keinem Zweifel, und so tadeln wir auch nicht die Verfügung des Baier. Entw. v. 1822. Art 98, welche das Resultat jener Ausführung in den cit. Jahrbüchern gesetzlich sanctioniren sollte. Vergl. v. Gönners Motive S. 83 ff.

gehindert[1]) worden zu seyn, freiwillig wieder absteht, ist höchstens mit einjähriger Arbeitshausstrafe zu belegen[2]), insofern nicht dasjenige, was er zu der Ausführung des Verbrechens schon gethan hat, an und für sich eine verbrecherische Handlung in sich begreift, und als solche eine größere Strafe nach sich zieht". Mag auch diese Bestimmung mit frühern doctrinellen Ansichten im Einklang stehen und zum Theil in den frühern sächsischen Gesetzen (vergl. §. 282) eine Stütze finden, so hat sie doch die fast übereinstimmende Ansicht der neuern Doctrin, Praxis und Gesetzgebung gegen sich[3]), und steht selbst mit andern speciellen Bestimmungen des Gesetzbuches im auffallendsten Widerspruche. Denn wenn z. B. im Art. 65, bei den Verbrechen gegen das Eigenthum, dem freiwilligen, vor der Untersuchung geleisteten Ersatze des entfremdeten Gutes die Wirkung beigelegt ist, daß der Thäter „mit einiger Strafe gänzlich zu verschonen sey", so fragt man mit Recht, wie es möglich war, solche Bestimmungen neben einander zu stellen, wonach der freiwillig vom Versuche des Diebstahls Abstehende bestraft werden kann, während der eines vollendeten Diebstahls schuldige Thäter, der vielleicht einsieht, daß ihm eine Anzeige bei der Obrigkeit be-

1) Woran gehindert? Doch wohl nicht an dem freiwilligen Abstehen, wie freilich der Zusammenhang mit dem Folgenden anzunehmen geböte? Der Ausdruck „gehindert" ist hier offenbar unrichtig. Entweder müßte es heißen: „genöthigt", oder wenigstens: „an der Vollendung des Verbrechens gehindert", wie zu Anfang des Art. 26.

2) Heißt dieß auch, der Richter könne den Thäter nach Umständen ganz straffrei entlassen? — Wir glauben nicht, daß dieß die (freilich wünschenswerthe) Absicht des Gesetzes sey.

3) Mit Recht wird diese Bestimmung daher auch getadelt in: Ad novae Codicis criminal. Saxonici propositionis art. 24—28 de puniendo conatu. Diss. Aem Aster. Lips. 1836. p. 27 ff. Vergl. Archiv des Criminalrs. 1837. S. 161.

vorstehe, durch den offenbar gezwungenen, aber im Sinne des Art. 65 immer noch freiwilligen Ersatz, aller Strafe zu entgehen in seiner Macht hat?! Ein gleicher Widerspruch[1]) ist im Art. 188 des Gesetzbuches enthalten, wonach der Widerruf der meineidig beschworenen Aussagen vor eingetretenem Rechtsnachtheile, Straflosigkeit begründet, während Derjenige, welcher schon bei angefangener (nicht beendigter) Ableistung des Eides davon aus eignem Antriebe absteht, nach Art. 28 bestraft werden muß, oder wenigstens bestraft werden kann. Auch ist es um so mehr zu verwundern, daß diese recht auffallenden Inconsequenzen bei der Berathung des Entwurfes nicht geändert worden sind, da dieselben schon vor derselben öffentlich gerügt worden waren[2]).

§. 288.

Von den neuern deutschen Entwürfen zu Strafgesetzbüchern stimmen der Hannoversche[3]), der jetzt als Gesetz verabschiedete Würtembergische[4]), der Badische[5]) und der im Wesentlichen auf deutsche Prinzipien gestützte Norwegische[6]) Entwurf darin überein, daß sie Denjenigen, welcher nicht durch zufällige, von seinem Willen unabhängige Umstände an der Vollführung der That gehindert worden, sondern freiwillig von dem Unternehmen abgestanden ist, für ganz straflos erklären, insofern nicht der

1) In einem Falle, nämlich beim Zweikampf im Art. 209, erklärt das Gesetz auch den Versuch wegen freiwilligen Abstehens für straflos. Ueber die Wirkung thätiger Reue bei der (consummirten) Brandstiftung verfügt der Art. 178 und findet darin einen sehr bedeutenden Milderungsgrund.

2) Vergl. Herrmann zur Beurtheilung des Entwurfes eines Criminalgesetzbuchs für das Königreich Sachsen. Leipz. 1836. S. 79 ff.

3) Art. 39. revid. Entw. Art. 34.

4) Art. 67. Strafgesetzb. Art. 73.

5) Art. 103.

6) Kap. III. §. 6.

Versuch ein für sich bestehendes (vollendetes) Verbrechen enthält. Auch finden wir in diesen Gesetzentwürfen keinen Unterschied nach dem Beweggrunde des freiwilligen Abstehens gemacht, während der Hannoversche und Norwegische Entwurf die (nicht zu rechtfertigende) Beschränkung der Straflosigkeit auf nicht beendigte Versuchshandlungen enthalten [1]). Nur der Hannoversche Entwurf fordert dabei ausdrücklich, daß das Abstehen aus freiem Antriebe vom Thäter durch äußere Handlungen oder, wie Bauer in den Anmerkungen hinzufügt, Unterlassungen, an den Tag gelegt sey, eine Bestimmung, die übrigens auch nach den andern Entwürfen als sich von selbst verstehend betrachtet werden muß [2]). Auch werden nach allen diesen Gesetzentwürfen, da in der Anstiftung und im Complotte ein Versuch des beabsichtigten Verbrechens gefunden wird, Anstifter und Complottanten für straflos erklärt, wenn sie das Verbrechen durch Anzeige bei der Obrigkeit, oder auf andere Weise, wirklich verhindert haben. Ist dagegen das Verbrechen dennoch ausgeführt worden, so soll nach dem Würtemberg. Entw. Art. 71 (Strafgesetzb. Art. 77.) den Anstifter die Strafe des nicht beendigten Versuches treffen, obgleich er die Aeußerung, wodurch er den Andern zu dem verbrecherischen Entschlusse bestimmt hatte, wieder zurückgenommen, oder denselben sonst, soviel an ihm lag, von der Ausführung abzuhalten versuchte, ohne dabei, wie es billig gewesen wäre, zwischen den verschiedenen Arten der Anstiftung zu unterscheiden [3]). Ein Gleiches gilt von dem gemeinen Theilnehmer eines Complottes, welcher den

1) Vergl. dagegen oben §. 263 f.

2) Der Norwegische Entw. sagt auch darauf hindeutend: „und ist den Umständen nach anzunehmen" u. s. w.

3) Vergl. oben §. 267. und §. 286. Daß eine solche Unterscheidung im Sinne des hannov. Entw. liege, behauptet Bauer Anmerk. I. S. 383.

Uebrigen seinen Austritt anzeigte oder sie von der Ausführung abzuhalten suchte, während der Anstifter des Complottes, unter der einen oder andern Voraussetzung, mit der Strafe des beendigten Versuches bedroht wird, der gemeine Theilnehmer dagegen (Art. 75) ganz straflos bleibt, wenn er beides gethan, d. h. seinen Austritt vorher ausdrücklich erklärt und die Uebrigen von der Ausführung abzuhalten gesucht hat. Hiermit stimmen auch die §. 111 u. 112 des Badischen Entwurfes überein, während hinsichtlich der einfachen Anstiftung im §. 105 die Straflosigkeit für den Anstifter ausgesprochen ist, „wenn er die angewendeten Bestimmungsgründe, wie namentlich den zum Verbrechen ertheilten Befehl, oder Auftrag, durch dessen Zurücknahme vor der Ausführung, vollkommen wieder aufgehoben hat".

§. 289.

IV. Die ausländischen Legislationen.

Was endlich die ausländischen Legislationen betrifft, so giebt es auch unter diesen einige, welche den freiwillig Abstehenden doch noch mit einer correctionellen Bestrafung bedrohen, oder ihn überhaupt einer (jedoch immer sehr gemilderten) Strafe unterwerfen, wie z. B. das Criminalgesetzb. für den Canton Basel[1]), das Gesetzbuch für die cisalpinische Republik, der Codice penale della Republica e Cantone del Ticino[2]), der Entwurf eines Criminal-Codex für das russische Reich[3]), u. A. Für die Straflosigkeit ist dagegen zunächst das französische Recht. Im älteren französischen Rechte galt nämlich auch hier der auf das römische Recht gegründete Satz der

1) Vom Jahre 1821. §. 17. Eben so das Crim.-Gesetzb. für C. Basel-Stadttheil §. 15.
2) Von 1816. Art. 47.
3) Uebersetzt von v. Jacob. Halle 1818. Erster Theil. §. 15. 16.

gemeinrechtlichen Theorie, daß die, vermöge einer Willensänderung des Thäters unterbliebene Vollendung den Thäter straflos mache[1]), und auch beim Complott wurde die Straflosigkeit angenommen, wenn der Complottant Alles gethan hatte, um den Bedrohten zu retten[2]). Der Code pénal v. 1791, welcher nur in zwei Fällen den Versuch bedrohte, verfügte hinsichtlich der Vergiftung[3]) ausdrücklich: „Si, toutefois avant l'empoisonnement effectué, ou avant que l'empoisonnement des aliments et breuvages ait été découvert, l'empoisonneur arrêtait l'exécution du crime, soit en supprimant les dits aliments ou breuvages, soit en empêchant qu'on en fasse usage, l'accusé sera acquitté". Das Gesetz vom 22 Prairial an IV. bedrohte hierauf, wie wir wissen, jeden Versuch eines crime, der einen Anfang der Ausführung enthalte, mit der Strafe des vollendeten Verbrechens, machte aber diese, und folgeweise auch die absolute Strafbarkeit der tentative, davon abhängig: „si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu". Diese Bestimmung, welche auch dazu benutzt wurde, die Gründe für die geringere Strafbarkeit des versuchten Verbrechens zu beseitigen[4]), gieng mit einigen Modificationen in der Fassung in den Code pénal von 1810 über, woselbst sie im Art. II.

1) Lelièvre de conatu delinq. p. 162.
2) Lelièvre l. c. p. 167.
3) P. II. Tit. II. Art. 16. Chaveau, Théorie du Code pénal. Chap. X. p. 141. Not. 9.
4) Besonders von Treilhard, welcher die Bestimmung selbst durch die Bemerkung rechtfertigte: „Que celui qui s'arrête au moment de commettre un crime ne soit pas puni: la justice le veut, l'intérêt de la société l'exige; car ce serait en quelque sorte pousser au crime, que de réserver le même sort à celui qui n'achève pas et à celui qui passe outre". Chaveau, Théorie du Code l. c. p. 142.

lautet: — si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet[1]) que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur". Hinsichtlich der Anwendung dieses Gesetzes ist man darüber einverstanden, daß es auf das Motiv der Willensänderung nicht ankomme, auch scheint man in Frankreich ziemlich allgemein der Ansicht zu seyn, daß die Willensänderung auf die Strafbarkeit des crime manqué keinen Einfluß mehr haben könne, und Manche wollen das aus dem eigenen Willen des Thäters hervorgegangene Aufschieben der Ausführung dem gänzlichen Abstehen auch nach dem Gesetze, gleichgestellt wissen[2]). Bestritten ist dagegen die Frage, welche wir im §. 261 behandelten[3]). — In Uebereinstimmung mit dem französischen Rechte sprach der Entwurf eines Strafcodex für das Königreich Italien ebenfalls die Straflosigkeit für den Fall des freiwilligen Abstehens von dem Versuche aus (Art. 70.) und auch der Codice penale für die Staaten Parma, Piacenza und Guastalla machte die Strafbarkeit davon abhängig, daß die Vollendung per circonstanze fortuite ed independenti dalla volontà dell' autore unterblieben sey. Von den Gesetzbüchern der Schweiz erklärt unter anderen das St. Gallische v. 1819 Art. 52. „Wer freiwillig vom Versuche abstehe, könne nicht bestraft werden; dies fordere die Klugheit, um den Rücktritt zu befördern". Ueber Zürich vergl. Escher vier Abhandl. S. 174. 175.

1) Die Commission des gesetzgebenden Körpers hielt diesen Zusatz, zur Ausfüllung einer Lücke des Gesetzes, für nothwendig. Hierauf gründet sich die Terminologie crime manqué, und die (freilig durch das Gesetz nicht gerechtfertigte) Ansicht, daß das crime manqué nicht zur tentative, sondern zum crime consommé gehöre. Chaveau, l. c. p. 147. Vergl. Oben §. 167.

2) Namentlich Rossi. Vergl. Oben §. 262.

3) S. insbesondere S. 251. Not. 3.